Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten mit besonderer Berücksichtigung der Börsentermingeschäftsfähigkeit.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Otto Langer

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1911.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Herbert Meyer.
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Meiner Schwester zu eigen.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Apt, Kommentar zum Börsengesetz, erläutert unter Mitarbeit von Dr. H. Trumpler und Dr. J. Weißbart. 4. Aufl. 1908.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 1886.

Bolze, Ist der Kommanditist Kaufmann? Im Recht Bd. 13 Sp. 570 ff.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl. 1900.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1 u. 2. 1899—1901.

Ehmk, Siegfried, Ist der Einzelkaufmann nach §§ 38, 39 HGB. verpflichtet, auch sein Privatvermögen in Inventar und Bilanz aufzunehmen? Diss. Leipzig 1908.

Ehrenberg, Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht. Jena 1880.

Ehrenberg in Iherings Jahrbüchern Bd. 37 S. 84 ff.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Leipzig 1881—1885.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Entwurf eines Gesetzes betr. Änderung des Börsengesetzes und Begründung dazu. Abgedruckt in Reichstagsprotokollen 12. Legislaturperiode 1. Session Bd. 243. Berlin 1908.

Entwurf eines Gesetzes betr. die Abzahlungsgeschäfte und Begründung dazu. Abgedruckt in Verhandlungen des Deutschen Reichstages 9. Legislaturperiode 2. Session 1893/94 Anlagebd. 1 Aktenstück Nr. 113.

Entwurf eines Handelsgesetzbuches und Denkschrift dazu. Abgedruckt in Stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Reichstages 9. Legislaturperiode 4. Session Anlagebd. 6. Berlin 1897.

Gareis, Lehrbuch des deutschen Handelsrechts. 8. Aufl. Berlin 1909.

Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht. Berlin 1868—1881.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 1. 1895.

Gierke in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von v. Holtzendorff-Kohler 6. Aufl.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch. 1901—1905.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. 1875.

Hanseatische Gerichtszeitung. Bd. 27.

Hemptenmacher, Kommentar zum Börsengesetz. 2. Aufl. Berlin 1908.

Jacusiel, Der Börsenterminhandel in Wertpapieren unter dem neuen Börsengesetz. In der Leipziger Zeitschrift Bd. 2 S. 570 ff.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen. Bd. 26 A.

Juristische Wochenschrift. Organ des Deutschen Anwaltvereins. 1893.

Iherings Jahrbücher. Bd. 37.

Kielhorn, Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten. Diss. Göttingen 1902.

Kobylinski, Ist der Kommanditist Kaufmann? Jenaer Diss. Borna-Leipzig 1909.

Lastig, Dr. G., Die Accomendatio, die Grundform der heutigen Kommanditgesellschaften in ihrer Gestaltung vom 13. bis 19. Jahrhundert und benachbarte Rechtsinstitute. Halle a. S. 1907.

Lehmann, K., Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1908.

Lehmann-Ring, Handelsgesetzbuch. 1901 u. 1902.

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.

Makower, Handelsgesetzbuch. 12. Aufl.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich einschließlich der Strafbestimmungen der Konkursordnung. Berlin 1906.

Oppenhoff, Dr. F. C., Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1881.

Pappenheim, Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten. In der Kieler Festgabe für Hänel. 1907.

Pappenheim, Zum Kaufmannsbegriffe des Handelsgesetzbuchs. In der Leipziger Zeitschrift 1910 Bd. 4 Sp. 1—11.

Pisko in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 63 S. 572—574.

Pfennig, Kommandit- und stille Gesellschaft. Diss. Rostock 1902.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs. Herausgegeben von J. Lutz.

Rehm u. **Trumpler,** Kommentar zum Börsengesetz. Auf Veranlassung des Zentralverbandes des deutschen Bank- und Bankiergewerbes. Berlin 1909.

Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaft. Leipzig 1881.

Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Seligmann, Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten. Diss. Göttingen 1896.

Seufferts Archiv. Bd. 62.

Sohm, Der Kommanditist ein Kaufmann? In der Leipziger Zeitschrift Bd. 3 S. 594 ff.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. u. 8. Aufl., mit Nachtrag 1909.

Struckmann-Koch, Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetz und zur Zivilprozeßordnung. 7. Aufl.

Thöl, Das Handelsrecht. 6. Aufl.

Tomalla, Ist der Kommanditist Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches? In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 63 S. 43 ff.

Ullmann, Das gesetzliche eheliche Güterrecht in Deutschland. 2. Aufl. 1904.

Ullmann in der Leipziger Zeitschrift Bd. 1 Sp. 472 ff. u. 561 ff.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, begründet von L. Goldschmidt. Bd. 20 u. 63.

§ 1.

Einleitung zu der Erörterung über die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten.

A. Die Streitfrage, die wir im folgenden zu untersuchen haben, lautet: Ist der Kommanditist als solcher Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs oder nicht? Von besonderer Wichtigkeit wird diese Frage im Falle der §§ 52ff. BörsG. Ist der Kommanditist Kaufmann, so wird er nicht nur nach §§ 52—54 BörsG. börsentermingeschäftsfähig sein, d. h. gültige Börsentermingeschäfte abschließen können, sondern für ihn ist gleichzeitig, falls es sich um ein Differenzgeschäft in zugelassenen Waren oder Wertpapieren handelt, der Differenzeinwand des § 764 BGB. ausgeschlossen, d. h. auch das Differenzgeschäft ist für ihn verbindlich. Hieraus folgt, daß für den Kommanditisten, mag es sich um ein Börsengeschäft mit effektiver Leistungspflicht, mag es sich um ein Differenzgeschäft handeln, die Verbindlichkeit mit seiner Kaufmannseigenschaft steht und fällt. Für ihn ist somit die Frage Kaufmann sein oder nicht Kaufmann sein von größter Bedeutung.

Von vornherein scheiden dabei die Kommanditisten der Kommanditaktiengesellschaft aus der Betrachtung aus,

bei denen auch die Kaufmannseigenschaft nie ernsthaft behauptet worden ist. Sei es, daß die ganze Kommanditaktiengesellschaft juristische Person ist,[1]) sei es, daß nur die Kommanditistengemeinschaft eine solche bildet,[2]) immer ist der Kommanditist nur das Substrat einer juristischen Person, und es ist an die Kaufmannseigenschaft des einzelnen Individuums nicht zu denken. Ob der Kommanditistengesamtheit als solcher die Kaufmannseigenschaft zuzusprechen ist, gehört nicht in den Rahmen dieser Untersuchung.

II. 1 a) Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten in der einfachen Kommanditgesellschaft aber bildet schon seit den 70er Jahren eine bekannte Streitfrage des Handelsrechts. Der Grund dieses Streites liegt in der zweideutigen Stellung, die dem Kommanditisten vom Gesetz zugewiesen ist. Während nämlich vor dem allgem. deutschen Handelsgesetzbuch in Deutschland fast nur die alte deutsche stille Gesellschaft, unsere heutige stille Gesellschaft, vorkam, allerdings in mancherlei Modifikationen,[3]) wurde bei der Beratung des allgem.

---

[1]) Staub § 320 Anm. 2, 7, 8; Lehmann-Ring § 320 Nr. 1; Gareis, Lehrb. § 37 III; Goldmann Bd. 2 § 320 Nr. 3; Lehmann, Lehrb. § 95, 1; Gierke in Holtzendorffs Enzykl. § 52 S. 961.

[2]) Primker in Endemanns Handb. S. 686, 687; Makower § 320 III erklärt sowohl die ganze Kommanditaktiengesellschaft wie die Kommanditistengemeinschaft zu juristischen Personen. Vgl. auch Entsch. d. RG. in Strafs. Bd. 34 S. 379.

[3]) Wendt in Endemanns Handb. S. 428 f.; Renaud S. 34 ff.; Prot. z. a. HGB. S. 1078 oben; Pfennig S. 23/24.

deutschen Handelsgesetzbuchs, wenn auch nach manchem Zögern, beschlossen,[1]) die heutige Kommanditgesellschaft, die französische Société en commandite, neben der stillen Gesellschaft in das Gesetzbuch aufzunehmen.[2]) Manche Unklarheiten und Verschiedenheiten der Ansichten in den Grundfragen mögen mitgewirkt haben, daß die rechtliche Stellung des Kommanditisten nicht konsequent durchgeführt und daher sozusagen ein Zwitter geworden ist.[3])

Daß eine logische Durchbildung seiner Stellung nicht erfolgt ist, ist bei einer mit Majoritätsbeschlüssen arbeitenden Kommission nicht verwunderlich; Inkonsequenzen bei einer so arbeitenden Kommission sind wohl auch unvermeidlich. Infolgedessen ist ihm zwar im Prinzip die rechtliche Stellung eines gleichberechtigten Handelsgesellschafters zugewiesen,[4]) diese aber durch Einzelbestimmungen derart eingeschränkt worden,[5]) daß sie sich nicht viel von der eines stillen Gesellschafters unterscheidet.

b) Bei der Redaktion des neuen deutschen Handelsgesetzbuchs ist diese seine Stellung auch nicht wesentlich

---

[1]) 139. Sitzung, Prot. S. 146/47.

[2]) Über die geschichtliche Entwicklung der Kommanditgesellschaft, vorzugsweise in den oberitalienischen Stadtrepubliken des Mittelalters, vgl. Dr. G. Lastig, Die Accomendatio und benachbarte Rechtsinstitute, Halle a. S. 1907.

[3]) Prot. S. 1007, 1176, 1147, 4538 Mitte.

[4]) Prot. S. 1032, 1094, 1095, 4536, 4537, 4538 unten; vgl. auch § 161 Abs. 2 HGB.

[5]) Prot. S. 1153 Art. 151—153; vgl. besonders S. 1148 und 1153 Art. 149 Abs. 2, S. 1155 Art. 160 Abs. 1.

geändert worden, obwohl die Denkschrift sich über seine prinzipielle Rechtsstellung völlig klar war.[1]) Durch eine geringe Streichung der seine Stellung einengenden Bestimmungen hätte man die Kommanditgesellschaft der offenen Handelsgesellschaft noch weiter nähern und hiermit dem ganzen Streite den Boden entziehen können. Allenfalls blieb ja noch die Einführung einer kundgemachten stillen Gesellschaft übrig. Diese wäre zu denken als ein Rechtsverhältnis nach Art der heutigen stillen Gesellschaft, bei dem aber Art und Höhe der Einlage bezw. Haftsumme und die Person des stillen Gesellschafters in das Handelsregister einzutragen wäre. Jedoch dürften diesem andere Rechte, als sie heute der stille Gesellschafter hat, etwa auf selbständige Geschäftsführung oder Vertretung, nicht eingeräumt werden. Auch konnte der ganze Streit durch eine Gesetzesbestimmung, die die Kaufmanns- oder Nichtkaufmannsstellung des Kommanditisten feststellte, entschieden werden, wie es Ehrenberg vorschlug.[2])

Nach Einführung des neuen Handelsgesetzbuchs schien trotzdem sich der Kampf der Meinungen zu entscheiden. In den Jahren 1905, 1906 war die fast ausschließlich vertretene Ansicht gegen die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten; auch Staub ging in diesen Jahren in der 6. Auflage seines Kommentars von seiner früheren

[1]) Denkschr. z. Entw. d. neuen HGB., Reichst.-Prot. 9. L.-P. IV. Session Anlagebd. 6 S. 3194.

[2]) Iherings Jahrb. Bd. 37 S. 81.

Meinung ab.[1]) Allein durch die 1907 erschienene Arbeit Pappenheims in der Kieler Festschrift für Haenel[2]) wurde die gegenteilige Ansicht in geradezu musterhafter Weise verfochten. Eine Reihe von Abhandlungen zum Teil ganz bedeutender Autoren, die teils diese, teils jene Meinung verfochten, folgte,[3]) und es ist heute die Frage strittiger denn je.

---

[1]) Staub 6. Aufl. Anm. 8 zu § 1, Anm. 6 zu § 161.

[2]) Pappenheim in der Festschr. f. Haenel, Kiel 1907, S. 145—175, das. s. auch S. 3 u. 4 ausführliche Literaturangaben. Eingehender erörtern die Frage von den von Pappenheim zitierten Schriftstellern: Seligmann, Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten, Göttinger Diss. 1896; Kielhorn, Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten, Göttinger Diss. 1902; Ullmann, Leipz. Zeitschr. Bd. 1 Sp. 472 ff. u. 561 ff. Die von Pappenheim zitierte Entscheidung des OLG. Hamburg II VII. Senat v. 8. 5. 1906 ist außer in der HansGZ. Bd. 27 Nr. 71 noch abgedruckt in Seufferts Arch. Bd. 62 Nr. 18. Pappenheim, Zum Kaufmannsbegriffe des HGB., in Leipz. Zeitschr. 1910 Bd. 4 Sp. 1—11.

[3]) Oskar Pisko in Zeitschr. f. HR. Bd. 63 S. 572—574. Sie stellt eine Kritik der Pappenheimschen Arbeit dar. Außer ihm haben sich gegen die Kaufmannseigenschaft ausgesprochen: Rudolph Sohm in Leipz. Zeitschr. Bd. 3 S. 594 ff.; Martin Kobylinski, Ist der Kommanditist Kaufmann? jur. Diss., Jena 1909. Für die Kaufmannseigenschaft haben sich ausgesprochen: Bolze, Ist der Kommanditist Kaufmann? im Recht Bd. 13 S. 570 ff.; Walter Tomalla, Ist der Kommanditist Kaufmann im Sinne des HGB.? in Zeitschr. f. HR. Bd. 63 S. 43—70.

§ 2.

Ist der Kommanditist Kaufmann?

Erster Teil.

Definition des Kaufmannsbegriffes.

2.) a.) Bei unserer Untersuchung der Frage werden wir den Begriff des Kaufmanns feststellen und alsdann von diesem ausgehend erörtern, ob und wie weit er auf den Kommanditisten anwendbar ist.

2 a) Das Handelsgesetzbuch stellt in drei bezw. vier Paragraphen Merkmale auf, bei deren Erfüllung einem bestimmten Subjekte die Eigenschaft eines Kaufmanns zusteht. Ob § 6 den Begriff eines Kaufmannes nach den Handelsgesellschaften, insbesondere den offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften beilegen will,[1]) oder ob er nur die für die Kaufleute gegebenen Vorschriften auf sie angewendet wissen will,[2]) soll hier dahingestellt bleiben, da diese Frage für die Kaufmannseigenschaft des einzelnen Gesellschafters belanglos ist. Darüber nämlich, daß auch durch die eventuelle Kaufmannseigenschaft der offenen Handelsgesellschaft bezw. der Kommanditgesellschaft die Kaufmannseigenschaft des einzelnen Gesellschafters nicht ausgeschlossen oder etwa

---

[1]) Bolze im Recht Bd. 13 Sp. 572 ff.; Lehmann-Ring Nr. 1 zu § 6.

[2]) Sohm in Leipz. Zeitschr. Bd. 3 Sp. 598.

absorbiert wird, darüber herrscht wohl allgemeines Einvernehmen. Ich würde dazu neigen, den genannten Gesellschaften die Kaufmannseigenschaft abzusprechen, da es unmöglich ist, einer Personenvereinigung, d. h. einer Personenvielheit, die als solche nicht eine juristische Person repräsentiert, ein accedens beizulegen, von dem man nur bei einer Begriffseinheit sprechen kann. „Kaufmannseigenschaft" heißt „Kaufmann sein". Das Wort Kaufmann aber bedeutet begrifflich eine Einheit und schließt somit in der Einzahl seine Anwendung auf eine Mehrheit, eine Vielheit einzelner nicht zu einem festen Sammelbegriff vereinigter Personen aus. Auch der Wortlaut des § 6 HGB. deutet darauf hin, daß die Gesellschaften nicht zu Kaufleuten erklärt, sondern eben nur die für diese gegebenen Vorschriften auf sie Anwendung finden sollen. Daß aus dem § 6 direkt weder für noch gegen die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten etwas gefolgert werden kann, haben wir somit gesehen; er kann zum mindesten nicht zum Ausgangspunkt der Erörterung genommen werden, da er nur von Personenvereinigungen spricht. Noch weniger kann § 3 Abs. 2 dazu benutzt werden, da dieser ein bereits bestehendes Unternehmen voraussetzt. Somit bleiben übrig §§ 1 u. 2. § 2 wollen wir in Verbindung mit § 1 erörtern, da er den im § 1 Abs. 2 genannten Handelsgewerben nur eine neue Kategorie hinzufügt und alsdann im Interesse der Verkehrssicherheit zur Erlangung der Kaufmannseigenschaft das weitere Erfordernis der Eintragung aufstellt.

3 a) § 1 Abs. 1 HGB. lautet: „Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuches ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt". Der Paragraph hat somit zur Begriffsbestimmung rein materielle Merkmale aufgestellt und geht dabei von dem Begriffe des Handelsgewerbes aus. Der Begriff des Handelsgewerbes wird in Abs. 2 des näheren bestimmt. Es ist dies der gewerbsmäßige Betrieb eines der in demselben Paragraphen genannten Handelsgeschäfte. Zur Erlangung der Kaufmannseigenschaft wird ein Betreiben durch eine Person, d. h. eine Beziehung bestimmter Art einer Person zu diesem Handelsgewerbe verlangt. Daß unter diesem Betreiben nicht eine aktive Tätigkeit zu verstehen ist, ist heute fast allgemein anerkannt. Das „Betreiben" wird vielmehr meist so gefaßt, daß derjenige das Handelsgewerbe betreibt, in dessen Namen es betrieben wird, d. h. dessen Persönlichkeit und dessen Rechte von den einzelnen handelnden Personen vertreten werden, m. a. W., in dessen Person die in dem Handelsgewerbe erworbenen Rechte und Pflichten zur Entstehung gelangen, der primär durch das Handelsgewerbe berechtigt und verpflichtet wird.[1]) Unter dem Ausdruck „in dessen Namen

[1]) Staub § 1 Anm. 15—17; Makower § 1 II E; Lehmann-Ring § 1 Nr. 9; Gareis, Lehrb. S. 47; Goldmann § 1 A Anm. 2 I; Kielhorn S. 7; Thöl § 38 S. 140, 141; Gierke in Holtzendorffs Enzykl. § 12 S. 900, 901; Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 37 S. 61; RG. II. Strafsenat, Entsch. v. 6. 6. 1893 in JurW. 1893 S. 419. Nicht ganz klar und anscheinend mehr zu der Ansicht Sohms hinneigend Düringer-Hachenburg § 1 III d; KGJ. Bd. 26 A S. 214.

es betrieben wird“ ist nicht zu verstehen, daß der Name des Betreffenden in der Firma oder im Handelsregister stehen müßte, sondern daß er der ist, der durch die aktiv tätigen Personen zunächst vertreten wird.

3b) Sohm allein verwirft diese sonst allgemein anerkannte Definition und will dem die Kaufmannseigenschaft zusprechen, der primär zur Leitung und rechtlichen Vertretung des Handelsgewerbes berechtigt und verpflichtet ist.[1]) Auf diese Meinung wollen wir erst weiter unten des näheren eingehen und vorher auf die anderen die eben festgestellte Definition modifizierenden, zum Teil gerade mit Rücksicht auf die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten modifizierenden Meinungen eingehen. Meistens sind es einschränkende Zusätze, die aus diesem Grunde der allgemeinen Definition hinzugefügt werden.

4a) Die beschränkte Haftung des Kommanditisten, sein charakteristischstes Merkmal, ist hier wiederholt zum Ausgangspunkt gemacht worden.[2]) Es wurde behauptet, daß die beschränkte Haftung mit der Kaufmannseigenschaft unvereinbar sei, und nur der Kaufmann sei, der seine volle Rechtspersönlichkeit einsetze.[3]) Wie Tomalla S. 51 zutreffend bemerkt, liegt dieser Einwand nicht mehr im

---

[1]) Sohm in Leipz Zeitschr. Bd. 3 Sp. 594.

[2]) Über diesen Abschnitt s. ausführlich Pappenheim S. 5—10; Tomalla S. 51—53; Kobylinski S. 9 u. 10.

[3]) Renaud S. 136 oben; Seligmann S. 20; v. Canstein in Zeitschr. f. HR. Bd. 20 S. 87; Staub 6. Aufl. § 1 Anm. 8; Kielhorn S. 38; Ullmann, Leipz. Zeitschr. Sp. 56ff.

Rahmen einer Interpretation des § 1, es wird vielmehr ein neues Begriffsmerkmal demselben hinzugefügt. Nur zu dem Zweck, um dem Kommanditisten die Kaufmannseigenschaft absprechen zu können, ist dieses Merkmal dem Begriff hinzugesetzt. Und diese Formulierung gerade mit Rücksicht auf einen bestimmten Fall muß verdächtig erscheinen.

Dem Ausdruck „betreiben" liegt das Haftungsmoment vollständig fern. Betreiben heißt, die Rechte und Verbindlichkeiten primär erwerben, d. h. selbst schulden und einem geschuldet werden. Diejenigen, die hier die Haftung hineinbringen wollen, identifizieren Schuld und Haftung, ein beliebter Fehler, den wir dem römischen Recht zu verdanken haben. Eine Schuld sowohl aktiver Art, das Recht auf eine Leistung, als passiver Art, die Pflicht zu einer Leistung, ist ohne das quasi dingliche accedens der Haftung möglich und von ihr unabhängig, d. h. es kann für die Schuld auch eine nur beschränkte Haftung bestehen. Hier von einer nur teilweisen Einsetzung der Persönlichkeit zu sprechen, ist unzulässig; die Schuld, welche gerade auf die Persönlichkeit Bezug nimmt, nimmt stets auf die ganze Persönlichkeit Bezug, denn ein Teil einer Persönlichkeit als rechtlich relevantes Moment ist logisch unmöglich. Man kann hier höchstens von einer beschränkten Einsetzung des Vermögens sprechen. Also auch der Kaufmann, der nur beschränkt haftet, setzt seine ganze Persönlichkeit ein und betreibt das Handelsgewerbe ebenso wie derjenige, der mit seinem ganzen

Vermögen und nicht nur mit einer Quote desselben für seine Verbindlichkeiten haftet. Daß gerade die Schuld auf die Person als Rechtsobjekt Bezug nimmt, erhellt auch aus folgendem Fall: Eine Kommanditgesellschaft ist überschuldet. Die Einlage des Kommanditisten ist verbraucht. Hier haftet der Kommanditist nicht mehr für die Gesellschaftsschulden, aber nichtsdestoweniger schuldet er noch, denn er kann die Schuld gültig als seine bezahlen. Umgekehrt liegt der Fall, wenn für eine Schuld eine fremde Sache haftet. Hier hat der Eigentümer der Sache mit der Schuld persönlich nichts zu tun oder braucht es jedenfalls nicht. Er steht nur zu der haftenden Sache in dem sachenrechtlichen Verhältnis des Eigentums. Daher ist auch der Ausdruck „persönlich haften" schief; es müßte heißen: unbeschränkt, mit dem ganzen Vermögen haften; denn eine persönliche Haftung ist, wörtlich genommen, eine Haftung mit der Person, dem Leibe als Rechtsobjekt, wie sie bei der Schuldknechtschaft bestand. Und eine solche gibt es in unserem heutigen Recht nicht mehr.[1])

Daß die Ansicht, welche die unbeschränkte Haftung zu einem notwendigen Wesensmoment des Kaufmanns machen will, falsch ist, erhellt auch daraus, daß es Kaufleute gibt, die, wenn auch nicht für alle, so doch für einen großen Teil ihrer Verbindlichkeiten beschränkt haften. Nach § 486 HGB. nämlich haftet der Reeder für die

[1]) Es gibt nur noch einen Personalarrest zwecks Sicherheit.

daselbst aufgezählten Verbindlichkeiten, die das Gros seiner Verbindlichkeiten darstellen, nur mit Schiff und Fracht. Daß der von Pappenheim konstruierte Fall,[1]) in dem die beiden Inhaber eines Reedereigeschäftes mehrere Gesellschaften mit beschränkter Haftung, je eine für den Betrieb mittels eines einzelnen Schiffes, errichteten, hier nicht angezogen werden kann, hat Tomalla[2]) bewiesen, indem er darauf hinweist, daß sie als Teilhaber an den Gesellschaften mit beschränkter Haftung die Kaufmannseigenschaft nicht besitzen, vielmehr die neugebildeten juristischen Personen ihre Kaufmannsfunktionen übernehmen. Hiermit haben wir festgestellt, daß die unbeschränkte Haftung nicht zum Begriff des Kaufmanns gehört.

4 b) Ein weiteres Merkmal, das außer der üblichen Definition für den Kaufmannsbegriff aufgestellt wird, ist die „Öffentlichkeit".[3]) Dieser Begriff der Öffentlichkeit ist, wie auch schon Tomalla betont, ein sehr unklarer. Unter dem Erfordernis der Öffentlichkeit kann erstens verstanden werden die Öffentlichkeit des Gewerbebetriebes, d. h. man muß sehen können, daß überhaupt ein Handelsgewerbe betrieben wird, oder zweitens die Öffentlichkeit

---

[1]) Pappenheim S. 9.

[2]) Tomalla, Zeitschr. f. HR. Bd. 63 S. 52 u. 53.

[3]) Über diesen Abschnitt vgl. die beachtenswerten Ausführungen von Tomalla S. 48—51.

des Prinzipals, d. h. es muß eine gewisse allgemeine Kenntnis, wer Prinzipal ist, gegeben sein.[1])

5 a) Die Öffentlichkeit des Gewerbebetriebes ist ohne Frage in dem Sinne unbedingtes Erfordernis, als eine gewisse Beziehung zur Außenwelt für jede Handelstätigkeit notwendige Bedingung ist, denn eine Person kann mit sich allein keinen Handel treiben. Daß man aber von außen dem Betriebe ansieht, hier liegt ein Handelsgewerbebetrieb vor, ist m. E. nicht erforderlich, weder daß die Offenkundigkeit den Handelskreisen gegenüber besteht noch dem Publikum gegenüber. Allerdings werden sich aus der Nichtoffenkundigkeit, vor allem auch aus der Nichteintragung der Firma eines Vollkaufmanns in das Handelsregister bei einem Rechtsgeschäft mancherlei Einreden und Anfechtungsgründe von seiten des Gegenkontrahenten ergeben; aber für die Kaufmannseigenschaft als solche und die damit verbundenen Pflichten ist dieses ohne Bedeutung. So würde ich z. B. den Unternehmer, der Kinder gewerbsmäßig mit Drahtarbeiten hausieren schickt, für einen Kaufmann halten, auch ohne daß das Publikum oder etwaige Handelskreise von diesem Gewerbebetriebe wissen, selbstverständlich auch ohne daß er in das

---

[1]) In dem ersten Sinne scheinen die Öffentlichkeit zu verlangen: Thöl S. 120, 121; Makower § 1 III A c; Lehmann-Ring § 1 Nr. 7; Cosack S. 25; in dem zweiten Sinne: Seligmann S. 27/28; Kielhorn S. 5, 38. Bei Düringer-Hachenburg S. 25, 26 ist es zweifelhaft, welcher Art die verlangte Öffentlichkeit ist; ebenso bei Ullmann Sp. 561 und bei Entsch. d. ROHG. Bd. 22 S. 303.

Handelsregister eingetragen ist. Die beiden Fälle, die Ullmann für die entgegengesetzte Meinung anführt, beweisen m. E. nichts.[1]) Die beiden Fälle sind: Ein Wohltätigkeitsverein hat es sich zur Aufgabe gemacht, Handarbeiten jeder Art, welche von Frauen angefertigt werden, zu vertreiben. Eine Frau fertigt dauernd Handarbeiten an zum Zwecke des Verkaufs durch den Verein. Die Einnahme hieraus ist ihre einzige Einnahmequelle. Diese Frau soll nach Ullmann nicht Kaufmann sein, weil es bei ihr an der Offenkundigkeit des Betriebes gegenüber dem Publikum fehle. Der zweite Fall ist der der Spekulation einer Person nur durch Börsenaufträge an seinen Bankier. Auch in diesem zweiten Fall, behauptet Ullmann, liege ein Handelsgewerbebetrieb infolge der mangelnden Offenkundigkeit nicht vor. Darin, daß sowohl die Frau wie der Börsenspekulant in den obengenannten Fällen für gewöhnlich als Kaufleute nicht anzusehen sein werden, stimme ich mit Ullmann überein. Nur liegt der Grund nicht, wie er behauptet, in dem Nichtvorhandensein der Öffentlichkeit, sondern es liegt überhaupt gar kein Gewerbe, kein fortgesetztes Tätigsein in der betreffenden Richtung, um eine ständige Einnahme aus der Tätigkeit zu gewinnen vor, es fehlt das fortgesetzte selbständige gewinnbringende Betreiben eines Handelsgeschäftes. Der erste Fall ist so konstruiert,

---

[1]) Leipz. Zeitschr. Bd. 1 S. 561. Der zweite Fall ist auch bei Düringer-Hachenburg S. 26 erwähnt.

daß man bei ihm zunächst nicht an ein Handelsgeschäft des § 1 Abs. 1 Nr. 1 denken wird, zumal nicht an ein gewerbsmäßig betriebenes, sondern mit Rücksicht auf den Wohltätigkeitsverein eher an ein Almosen an die Frau von seiten des Vereins denken wird. Daß Ullmann hier einen Wohltätigkeitsverein als Abnehmer der Arbeiten einführt, wirkt verwirrend. Man wird dadurch leicht unbewußt veranlaßt, einen lukrativen Erwerb des sogen. Arbeitslohnes von seiten der Frau anzunehmen, ein Moment, das mit dem Charakter des Handelsgewerbes unvereinbar ist. Schaltet man aber dieses Schenkungsmoment aus, so ist die Frau Kaufmann. Liefert sie z. B. die Handarbeiten an ein Kaufhaus, und zwar nur an eine einzelne Firma, ohne mit dieser in einem besonderen Vertragsverhältnis, etwa einem Bearbeitungs- oder einem Verarbeitungsvertrag des § 1 Abs. 2 Nr. 2 zu stehen, und besorgt sie sich die nötigen Materialien selbst und auch auf eigene Rechnung, nicht auf die der abnehmenden Firma, so stehe ich nicht an, ihr die Kaufmannseigenschaft zuzusprechen, selbst wenn außer ihr und dem Abnehmer niemand um den Betrieb weiß. Denn wo soll man auch hier die Grenze ziehen, wenn sie an zwei Firmen liefert, an drei usw.? Wo ist hier die nötige Öffentlichkeit gegeben? Bei dem zweiten Falle fehlt auch, wenn nicht begrifflich, so doch im Leben, die Gewerbsmäßigkeit, der auf eine ständige Einnahme gerichtete Wille. Meist wird es sich bei derartigen Börsenaufträgen mehr um eine Art Lotteriespiel handeln.

Liegt aber der auf eine ständige Einnahme gerichtete Wille vor, so ist der Betreffende Kaufmann. Durch die unbewußte Einführung des Glücksmäßigen und Gelegentlichen in seinem Fall läßt Ullmann es absurd und unmöglich erscheinen, einem derartigen Börsenspekulanten die Kaufmannseigenschaft zuzusprechen. Er schiebt diese Unmöglichkeit, wie im ersten Fall, auf das Fehlen der Offenkundigkeit des Betriebes, während in Wahrheit durch das Gelegentliche die Gewerbsmäßigkeit ausgeschlossen wird. Liegt aber die Gewerbsmäßigkeit vor, so ist auch der Börsenspekulant Kaufmann. Demjenigen, der an mehreren Börsen nur durch Beauftragte spekuliert und sich dabei die Kursdifferenz an den einzelnen Plätzen zunutze macht, dem sogen. Arbitrageur, dürfte wohl auch Ullmann, selbst wenn der Betreffende nicht an die Öffentlichkeit tritt, sondern nur immer bestimmte Makler mit dem Ankauf bezw. Verkauf beauftragt, die Kaufmannseigenschaft nicht absprechen. Ein näheres Eingehen auf die Frage, ob die Öffentlichkeit des Betriebes zur Erlangung der Kaufmannseigenschaft erforderlich ist, erübrigt sich hier, da der Gewerbebetrieb als solcher bei der Kommanditgesellschaft wohl immer, sowohl in Handelskreisen als dem Publikum gegenüber, öffentlich sein wird und wir, wenn wir den Gewerbebetrieb der Kommanditgesellschaft als nicht offenkundig unterstellen und die Öffentlichkeit des Betriebes als Erfordernis der Kaufmannseigenschaft aufstellen wollten, hiermit zugleich die Kaufmannseigenschaft des Komplementärs

leugnen müßten. Wir würden hier von unserem Thema abgehen und eine Frage von allgemeiner Bedeutung erörtern, die bei der Kommanditgesellschaft zuallerletzt von Belang werden wird und von bei weitem größerer Wichtigkeit für den kleinen Einzelkaufmann ist, während wir hier die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten gerade im Gegensatz zu der des Komplementärs und des Einzelkaufmanns zu untersuchen haben.

5 b) Von größerer Bedeutung ist hier die Frage, ob zum Kaufmannsbegriff eine gewisse Offenkundigkeit, d. h. eine Bekanntheit dessen, der das Gewerbe betreibt, erforderlich ist. Wir werden bei Beantwortung dieser Frage vielfach auf die schon oben zitierten Ausführungen von Tomalla zurückzukommen haben, der diesen Einwand gegen die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten in treffender Weise widerlegt hat. Zunächst ist denen, die mit der Forderung der Offenkundigkeit dem Kommanditisten die Kaufmannseigenschaft absprechen wollen, zu entgegnen, daß der Kommanditist geradezu gezwungen ist, an die Öffentlichkeit zu treten, da ja sein Name, Vorname, Stand und Wohnort im Handelsregister, dessen Einsicht einem jeden gestattet ist, eingetragen wird, und ein jeder die im Handelsregister eingetragenen Tatsachen als ihm bekannt gegen sich gelten lassen muß, d. h. es wird präsumiert, daß ihm die Beteiligung eines bestimmten Dritten als Kommanditist bekannt gewesen sei. Daß eine Bekanntmachung der einzelnen Kommanditisten durch Veröffentlichung nicht

stattfindet, ist mehr praktischer Natur und für die rechtliche Wirkung der Eintragung bedeutungslos. Eine Bekanntheit des Kommanditisten liegt somit vor, da die Eintragungen in das Handelsregister jedem als bekannt gelten, sowohl in Handelskreisen als bei dem Publikum. Eine Beteiligung als Kommanditist ohne Eintragung in das Handelsregister ist möglich, aber im Leben die Ausnahme.[1]) Hier kann man wegen der Unbekanntheit der Beteiligung seine Kaufmannseigenschaft aber nicht mehr in Frage stellen wie bei dem nicht eingetragenen Komplementär. Der einzige Unterschied dürfte der sein, daß der Komplementär vermöge seiner Leitungs- und Geschäftsführungsbefugnis dem Publikum gegenüber öfter trotz der Nichteintragung tatsächlich bekannt sein dürfte, daß für ihn der Schutz des § 15 Abs. 1 Ende demnach öfter in Betracht kommen wird als für den Kommanditisten. Im folgenden wollen wir wieder von der Regel, daß der Kommanditist in das Handelsregister eingetragen ist, ausgehen. Daß auch in diesem Fall beim Publikum wie in Handelskreisen eine tatsächliche Unkenntnis über den Kommanditisten häufiger sein wird als über den Komplementär, mag zugegeben werden. In dieser Hinsicht werden auch die Vorschriften über die Firma der Kommanditgesellschaft, daß nämlich der Name eines Kommanditisten nicht in dieselbe aufgenommen werden darf, wirken, aber irgendwelche rechtlichen Folgen sind daran

[1]) vgl. § 176 HGB.

nicht geknüpft, vielmehr greift nichtsdestoweniger die Vorschrift des § 15 mit der Präsumtion des Bekanntseins einem jeden gegenüber ein.[1])

Trotz dieser Präsumtion wollen wir aber einmal annehmen, dieses Erfordernis der „tatsächlichen" Bekanntheit wäre mit Recht aufgestellt, sei es, daß man unter der Bekanntheit ein persönliches Bekanntsein, sei es, daß man ein Bekanntsein nur dem Namen nach darunter verstände, und es in seinen Folgen beleuchten. Im ersten Fall wäre es nötig, daß der betreffende Betreibende persönlich mit dem Publikum in Berührung kommt; dieses ist aber nur bei kleineren Kaufleuten die Regel, bei größeren dagegen die Ausnahme, und widerlegt sich schon durch die Erwägung, daß ein Kind oder ein Wahnsinniger unbestritten Kaufmann sein kann, obgleich bei ihnen ein persönlicher Verkehr mit dem Publikum meistens unmöglich sein wird. Der zweite Fall, daß das Publikum den Gewerbetreibenden dem Namen nach kennen muß, findet schon durch die obige Erörterung seine Widerlegung, wonach ein solches Bekanntsein präsumiert

[1]) Über die Frage, wie weit die Nichtveröffentlichung des Kommanditistennamen und sein Ausschluß aus der Firma gegen die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten sprechen, vgl. S. 34 ff. dieser Arbeit. An dieser Stelle soll nur bewiesen werden, daß ein Bekanntsein einer ein Handelsgewerbe betreibenden Person zur Erlangung der Kaufmannseigenschaft nicht erforderlich ist, und daß zum mindesten bei dem Kommanditisten durch die Vorschrift des § 15 HGB. dieses Bekanntsein in gleichem Maße wie bei dem Komplementär ausdrücklich und unwiderleglich vorausgesetzt wird.

wird, sodann aber durch die Erwägung, daß, zumal in der größeren Stadt, das Publikum, wenn nicht die Firma mit dem Familiennamen des Inhabers zufällig übereinstimmt, was bei dem häufigen Übergang eines Geschäftes aus einer Hand in die andere gar nicht einmal die Regel sein wird, den Inhaber meistens nicht kennen wird. Häufig wird es sogar nicht einmal wissen, ob ein Einzelkaufmann, eine Handelsgesellschaft oder eine juristische Person das betreffende Handelsgewerbe betreibt. Wollte man nun bei allen denen, bei denen die Öffentlichkeit in dem einen oder dem anderen Sinne nicht gegeben ist, die Kaufmannseigenschaft absprechen, so müßte man dieses besonders in der Großstadt bei einem ganzen Teil der Betreibenden und nicht gerade bei denen mit dem kleinsten Betriebe tun.

Somit haben wir nachgewiesen, daß die Offenkundigkeit des Betriebes vielleicht mit Recht verlangt wird, aber bei der Kommanditgesellschaft ebenso oft wie bei anderen Handelsgewerbebetrieben vorliegen wird und für die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten nicht von größerer Bedeutung ist als für die des Komplementärs oder des Einzelkaufmanns, sodann aber, daß, soweit ein Bekanntsein des Gewerbetreibenden überhaupt verlangt werden kann zur Erlangung der Kaufmannseigenschaft, dieses bei den Kommanditisten durch die Eintragung in das Handelsregister gegeben ist.

4c) Schließlich müssen wir noch auf ein drittes Erfordernis eingehen, das für den Kaufmannsbegriff

aufgestellt worden ist, und zwar zuerst von Ullmann oder wenigstens von ihm zuerst präzise formuliert worden ist.[1]) Man darf es nur cum grano salis Erfordernis der Kaufmannseigenschaft nennen; es ist richtiger eine neue Definition des ganzen Begriffes. Als dieses ist es auch von Sohm, und zwar von ihm unter ausdrücklicher Verwerfung der bisherigen Definition bezeichnet und in geradezu musterhafter Weise gegen die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten verwertet worden.[2]) Außer ihm und Ullmann hat nach Kobylinski den Gedanken in gleicher Weise zur Anwendung gebracht.[3]) Dasselbe wollten auch schon vor ihnen andere Autoren ausdrücken, wenn sie für den Kaufmann und speziell mit Rücksicht auf den Kommanditisten „Offenkundigkeit", d. h. ein gewisses persönliches Hervortreten, ein Auftreten als Kaufmann gegenüber dem Publikum verlangten.[4]) Der Umstand, daß diese ganze Definition von Ullmann, Sohm und Kobylinski sozusagen speziell dafür erfunden ist, dem Kommanditisten die Kaufmannseigenschaft zu entziehen, muß ein gewisses Mißtrauen gegen die Richtigkeit derselben erwecken, obwohl es denkbar ist, daß sich gerade nur in diesem Falle die Fehler der alten Definition gezeigt hätten.

---

[1]) Leipz. Zeitschr. Bd. 1 Sp. 565, 566.

[2]) Leipz. Zeitschr. Bd. 3 Sp. 596—600.

[3]) Kobylinski S. 25—28.

[4]) vgl. S. 12 Anm. 3, S. 13 Anm. 1.

Sohm definiert den Kaufmann als „den zur Leitung eines Handelsgewerbes aus eigener Person Berechtigten. In der Regel sei derjenige, dessen Leitungsrecht, Entscheidungsgewalt über den Abschluß des Rechtsgeschäftes ausgeübt werde, zugleich derjenige, in dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen würden; daher treffe auch die herkömmliche Definition vom Kaufmann in der Regel zu".[1] Von Bolze ist eine Widerlegung der Sohmschen Ansicht versucht worden, aber nur nach der Seite hin, daß er beweist, daß zur Leitung eines Geschäftes, d. h. zum Betriebe dessen, nicht nur der Abschluß von Rechtsgeschäften, sondern auch z. B. die Bearbeitung von Waren und die Beförderung von Waren und Personen gehört.[2] Er erkennt damit die Sohmsche Ansicht, die prinzipielle Leitungsbefugnis, als Grundlage der Kaufmannseigenschaft im Grunde als richtig und gegeben an. Von Pappenheim ist neuestens die Sohmsche Ansicht in sehr treffender Weise widerlegt worden.[3] Er kommt wie wir im folgenden allerdings auf einem anderen Wege bei seiner Beweisführung zu dem Schluß, daß der Kommanditist durch den Komplementär in einem großen Teil seiner Funktionen als Gesellschafter vertreten werde, ohne jedoch dadurch seine Eigenschaft als Mitprinzipal einzubüßen.

---

[1]) Leipz. Zeitschr. Bd. 3 Sp. 597.

[2]) Im Recht Bd. 13 Sp. 570 ff.

[3]) vgl. Pappenheim, Zum Kaufmannsbegriffe des HGB., in Leipz. Zeitschr. 1910 Bd. 4 Sp. 1—11.

Meiner Ansicht nach ist die ganze Sohmsche Definition unrichtig. Sohm stellt nämlich dadurch, daß er die Leitung, d. h. die Entscheidungsgewalt über den Abschluß von Rechtsgeschäften, zum obersten Kriterium erhebt, sie als etwas Originäres, Selbständiges, für sich allein bestehen Könnendes hin und übersieht dabei vollständig, daß die Rechte immer das Primäre sind, und die Verfügung über dieselben, der Abschluß von Rechtsgeschäften, das Sekundäre ist. Bei Rechtsgeschäften über dingliche Rechte verfüge ich über ein mir zustehendes Sachenrecht, bei dem Abschluß von obligatorischen Verträgen über Rechte persönlicher Art; ich gebe bei den letzteren einen Teil meiner individuellen Freiheit, nämlich die Leistungen nicht leisten zu brauchen, auf. Ein Recht ohne Leistung, d. h. ohne Verfügung darüber, ist demnach sehr wohl denkbar, nicht aber eine Verfügung ohne Rechte. Demzufolge steht demjenigen, dem die Rechte zustehen, prinzipiell auch die Verfügung darüber zu. Daß die Verfügung über die Rechte im einzelnen Falle dem Inhaber derselben entzogen und einem Dritten übertragen sein kann, bedarf wohl keiner weiteren Erörterung, wir erleben es ja bei Minderjährigen und Entmündigten täglich.

Der obige Satz, daß demjenigen, dem die Rechte zustehen, prinzipiell auch die Verfügung darüber zusteht, muß, soll er richtig sein, allgemeine Gültigkeit haben; er muß also auch für den Kommanditisten gelten. Der Kommanditist ist nun, wie allgemein anerkannt, Gesellschafter zur gesamten Hand, demgemäß am Gesellschafts-

vermögen mitbeteiligt, d. h. mitberechtigt;[1]) ihm muß demzufolge auch prinzipiell die Verfügung über diese Rechte zustehen. Selbstverständlich kann die Ausübung seiner Verfügungsgewalt einem Dritten übertragen sein. Ist dies der Fall, so fällt Sohms Deduktion, denn alsdann ist es unmöglich, dem Kommanditisten die Kaufmannseigenschaft aus dem Grunde abzusprechen, weil ihm das Leitungsrecht aus eigener Person fehle; es steht ihm vielmehr alsdann ebensogut wie dem Geschäftsunfähigen zu und wird nur durch einen Vertreter für ihn ausgeübt. Daß dieses der Fall ist, d. h. daß auch dem Kommanditisten prinzipiell die Verfügung über seine Rechte zusteht, und der Komplementär als Vertreter handelt, wollen wir im folgenden zu beweisen suchen.

Wenn Sohm in seiner Definition unter der „Leitung" die Entscheidung über den Abschluß von Rechtsgeschäften versteht,[2]) so ist zunächst darauf zu achten, daß ein Rechtsgeschäft zweierlei Wirkungen haben kann, den Erwerb von Rechten und die Aufgabe von solchen. Bei dem Abschluß von Erwerbsgeschäften vertritt der Komplementär notwendig immer die Gesellschaft als Gesamtheit und daher das einzelne Individuum nur, soweit es Teil dieser

[1]) Ob und wie weit der Kommanditist am Gesellschaftsvermögen beteiligt ist, d. h. mitberechtigt und mitverpflichtet ist, werden wir des, näheren erörtern, wenn wir seine Stellung in der Gesellschaft und damit zugleich untersuchen, wie weit der von uns alsdann festgestellte Kaufmannsbegriff auf ihn zutrifft. Hier können wir uns nur auf die herrschende Meinung und die Beweisführung S. 31 ff. dieser Arbeit berufen.

[2]) Leipz. Zeitschr. Bd. 3 Sp. 597.

Gesamtheit ist, nicht aber auch außerhalb dieser seiner Gesellschaftereigenschaft. Nur die Gesellschaft, man möchte fast sagen, nur die aus den einzelnen Personen gebildete Einheit, nicht der einzelne, wird daher durch die Handlungen des Komplementärs berechtigt. Dem einzelnen und speziell dem Kommanditisten ist es daher unmöglich, im eigenen Namen eine Forderung der Gesellschaft geltend zu machen. Nur der Komplementär als Vertreter der Gesellschaft ist hierzu legitimiert, da nur er als Vertreter der Gesellschaft aufzutreten imstande ist. Durch den Umstand, daß der Kommanditist im normalen Lauf des Geschäftsganges nie in die Lage kommt, Rechte, die ihm als Gesellschafter mit zustehen, geltend zu machen, gewinnt es den Anschein, als ob ihm die Leitung, d. h. die Verfügung über seine Rechte als Gesellschafter, auch im Prinzip nicht zustände. Dabei übersieht man aber, und speziell Sohm, daß der Komplementär bei seinen sämtlichen im Namen der Gesellschaft erfolgten Verfügungshandlungen als Vertreter der Gesellschaft, d. h. der Gesamtheit der zu dieser gehörenden einzelnen Personen handelt. Er handelt als Vertreter der Gesellschafter, der Komplementäre sowohl wie der Kommanditisten, denn diese letzteren sind auch Gesellschafter. Soweit er nun selbst unter den Gesellschaftern mit enthalten ist, wird man nicht von einem Vertreten, sondern einem Handeln in eigenem Namen zu sprechen haben. Er handelt also zugleich im eigenen Namen und als Vertreter der übrigen Gesellschafter. Er übt gleichzeitig im eigenen Namen die Verfügungsmacht

über seinen Anteil an den Rechten und als Vertreter der übrigen Gesellschafter die Verfügungsmacht über deren Anteil aus. Daß diese rechtsgeschäftliche Verfügungsmacht dem Kommanditisten innerhalb der Gesellschaftssphäre durch zwingende Rechtsnorm entzogen und auf den Komplementär übertragen ist, ändert an der prinzipiellen Leitungsbefugnis des Kommanditisten nichts. Dem Unmündigen ist ja die Verfügungsbefugnis ebenfalls durch zwingende Norm entzogen und auf den Vormund übertragen, aber trotzdem spricht Sohm diesem die Leitungsbefugnis und damit die Kaufmannseigenschaft nicht ab.

Noch erheblich klarer als bei den Erwerbsgeschäften tritt die Vertretereigenschaft des Komplementärs bei den Verpflichtungsgeschäften zutage. Hier wird auch zunächst die Gesellschaft als solche durch die Handlungen ihres Vertreters verpflichtet, aber in gleichem Maße die einzelnen Gesellschafter als Einzelpersonen und somit auch der Kommanditist. Ohne daß es irgendeiner besonderen Voraussetzung bedürfte, kann der Gläubiger die durch den Komplementär namens der Gesellschaft kontrahierte Schuld gegen den Kommanditisten geltend machen. Und das ist juristisch nicht anders zu erklären, als daß der Komplementär als Vertreter des Kommanditisten kontrahiert hätte, denn eine Haftung des Kommanditisten als Bürge wird Sohm wohl selbst hier nicht behaupten wollen.[1]) Der Kommanditist schuldet als Einzelperson,

[1]) Als bürgenähnliche Haftung fassen die Haftung des Kommanditisten auf: Seligmann S. 19 und Kielhorn S. 36. Ein näheres

und aus diesem Grunde kann man nicht, wie es Kobylinski will, davon sprechen, daß „er nur als Glied der primär vertretenen Gesamthand der Gesellschaft von dem Komplementär mit vertreten wird".[1]) Denn die Folge hiervon wäre die, daß nur die Gesellschaft als durch den Komplementär vertreten verpflichtet würde und demgemäß auch nur sie verklagt werden könnte, was dem Gesetze widerspricht. Außerdem würde man, will man den Kommanditisten nur als Glied einer Gesamtheit auffassen, wie Kobylinski dies tut, dazu kommen, den Kommanditisten nur als ein Substrat der Kommanditgesellschaft aufzufassen, und damit dieser juristische Persönlichkeit beilegen müssen, denn vertreten werden kann nur eine Person, sei es eine physische, sei es eine juristische. Auch eine Vertretung mehrerer zu einer gewissen Einheit verbundener Personen ist möglich, alsdann werden aber immer die einzelnen Personen, wenn auch unter einem gemeinsamen Namen und vielleicht mit Rücksicht auf

---

Eingehen auf diese Meinung erübrigt sich für uns; die beiden Autoren verkennen vollständig die Stellung des Kommanditisten als Gesellschafter zur gesamten Hand. Auch ist mir eine derartige Bürgschaft, wie man sie hier konstruieren müßte, eine Bürgschaft jedem Dritten gegenüber nicht bekannt. Die Ausführungen von Pappenheim S. 14 halte ich nicht für zutreffend, denn warum soll sich nicht jemand für mehrere Einzelpersonen verbürgen. Es geschieht dies ja beinahe täglich bei dem Bürgen für die Schuld für eine gemeinsame Zeche. Vgl. auch Ehrenberg, Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht S. 328 Anm. 18.

[1]) Kobylinski S. 26.

gemeinsame Rechtsverhältnisse, vertreten und nicht die Gesamtheit als solche. Die juristische Person der Gesamthand streitet aber Kobylinski selbst ab,[1]) und die Annahme der juristischen Persönlichkeit widerspricht auch der Stellung des Kommanditisten als Gesellschafter. Wenn nun der Komplementär als Vertreter der Kommanditisten ihn verpflichtet und, wie oben bewiesen, auch als sein Vertreter die Rechte erwirbt, wird man wohl sagen dürfen, daß er die gesamte Leitungsmacht als sein Vertreter ausübt. Da aber ein Vertreter seine eigene Befugnis zum Abschluß des betreffenden Rechtsgeschäftes von der Verfügungsmacht des Vertretenen herleitet, so wäre der Beweis erbracht, daß auch dem Kommanditisten im Prinzip die Verfügung über seine Rechte zusteht, diese ihm aber ähnlich wie dem schon erwähnten Unmündigen entzogen und durch zwingende Rechtsnorm auf den Komplementär übertragen ist.

Daß der Komplementär als Vertreter des Kommanditisten die Leitungsbefugnis ausübt, ergibt sich auch daraus, daß in den Fällen, wo eine Vertretung mit der Sachlage nicht recht vereinbar ist, die Leitungsbefugnis dem Kommanditisten wiedergegeben bezw. gar nicht entzogen ist. Hierher zu rechnen ist die eigene Anmeldungspflicht des Kommanditisten,[2]) die Gleichstellung bei dem Antrag, der auf Entziehung der Vertretungsbefugnis eines Gesell-

---

[1]) Kobylinski S. 27 Anm. 1.

[2]) § 108 HGB.; vgl. auch § 176 HGB.

schafters gerichtet ist,[1]) und die Gleichstellung bei der Liquidation.[2]) Es ist dieses nur eine Folge von der grundsätzlichen Gleichstellung des Kommanditisten mit dem Komplementär, auf die wir weiter unten noch näher einzugehen haben. Für die grundsätzliche Stellung beider ist auf die offene Handelsgesellschaft verwiesen. Einzelne Reste der dem offenen Handelsgesellschafter zustehenden Leitungsbefugnisse sind dem Kommanditisten erhalten geblieben und nicht auf den Komplementär übertragen. Auch ohne diese Reste würde man m. E. durch die Verweisung auf den offenen Handelsgesellschafter gezwungen sein, dem Kommanditisten die Leitungsbefugnis aus eigener Person zuzusprechen, ist doch die Kommanditgesellschaft nur eine sozusagen durch gesetzliche lex contractus abgeänderte offene Handelsgesellschaft. Allerdings ist diese lex contractus zum Teil zwingenden Rechts, d. h. man kann eine offene Handelsgesellschaft mit diesen und diesen Modifikationen eingehen, muß sich aber alsdann bestimmten Bedingungen, wozu auch die alleinige Vertretung der Gesellschaft durch den Komplementär gehört, unterwerfen. Diese enge Verwandtschaft der beiden Gesellschaften zeigt sich besonders klar auch in dem Falle, wo der Erbe eines offenen Handelsgesellschafters sich nur als Kommanditist an der Gesellschaft weiter beteiligt. Hier bestellt der Erbe sozusagen durch Rechtsgeschäft den Komplementär zu seinem Vertreter.

---

[1]) § 117 HGB.

[2]) § 146 HGB.

Sodann ist für die prinzipielle Leitungsmacht des Kommanditisten noch anzuführen, daß ihm durch Gesellschaftsvertrag wenn auch nicht die Vertretung, so doch die Geschäftsführung, und zwar ihm als Gesellschafter übertragen werden kann, so daß er dann nicht fremde, sondern eigene Geschäfte führt. Auch die Geschäftsführung ist eine Leitung, wenn auch nicht im Sinne Sohms. Durch sie wird meistens bestimmt, ob und welche Rechtsgeschäfte geschlossen werden sollen; alsdann besorgt sie die zum Betriebe notwendigen inneren Geschäfte und erstreckt sich vielfach sogar direkt auf die dem betreffenden Handelsgewerbe eigentümlichen Tätigkeiten, durch die entweder die Objekte von dinglichen Rechten verarbeitet oder gar die laufenden Verbindlichkeiten erfüllt werden, wie beim Frachtgeschäft. Besonders eingehend ist die Frage, nämlich inwieweit die Geschäftsführung auch zur Leitung des Betriebes eines Handelsgewerbes gehört, von Bolze behandelt worden.[1])

Die Leitungsbefugnis aus eigener Person im Sinne Sohms ist also kein eigenes Kriterium des Kaufmannsbegriffes, sondern nur ein Ausfluß der betreffenden Rechte und Pflichten, und sie steht dem Kommanditisten als Berechtigtem und Verpflichtetem grundsätzlich ebenfalls zu, ist ihm aber durch Rechtssatz entzogen und auf den Komplementär als seinen Vertreter übertragen.

3 c) Kaufmann ist somit das Subjekt der in einem Handelsgewerbebetriebe entstehenden Rechte und Pflichten.

---

[1]) Bolze im Recht Bd. 13 Sp. 570 ff.

Sonst bestehen keine Erfordernisse für den Erwerb der Kaufmannsqualität.

Weder gehört also zum Begriff eines Kaufmanns, daß der Betreibende für die in dem Betriebe kontrahierten Schulden unbedingt haftet; das „Einsetzen der ganzen Persönlichkeit" ist zur Erreichung der Kaufmannsqualität nicht erforderlich. Zweitens ist zur Erlangung der Kaufmannseigenschaft nicht erforderlich, daß der das Handelsgewerbe Betreibende dem Publikum bekannt sei, zum mindesten genügt hier die Eintragung des Betreffenden in das Handelsregister. Die Definition Sohms endlich, daß der Kaufmann sei, dem die prinzipielle Leitungsbefugnis des betreffenden Handelsgewerbes zustehe, weicht nicht, wie er meint, von der alten Definition ab, sondern deckt sich vollständig mit dieser. Wer Subjekt der in einem Handelsgeschäfte entstehenden Rechte und Pflichten ist, dem steht auch die Leitungsbefugnis aus eigener Person zu, nur ist es möglich, daß ihm die Ausübung derselben vielleicht sogar durch zwingenden Rechtssatz entzogen ist, wie dies bei dem Minderjährigen und dem Kommanditisten der Fall ist.

Zweiter Teil.

Übertragung des Kaufmannsbegriffes auf den Kommanditisten.

2 b) Die Frage nach der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten haben wir hiermit zurückgeführt auf die Frage, ob der Kommanditist Subjekt der im Betriebe

des Handelsgewerbes entstehenden Rechte und Pflichten ist.[1]) Daß dieses der Fall sei, haben wir oben schon einmal bei der Widerlegung der Ansicht Sohms, daß der Kommanditist zur Leitung nicht prinzipiell berechtigt sei, stillschweigend vorausgesetzt, indem wir uns dabei auf die herrschende Meinung und die hier folgende Beweisführung beriefen. Hier, wo es das letzte Glied in dem Beweis der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten ist, wollen wir diese Behauptung näher begründen und damit zugleich den Beweis für oben nachholen.

3 a) Die Kommanditgesellschaft ist eine Abart der offenen Handelsgesellschaft.[2]) Auf die offene Handelsgesellschaft finden nun subsidiär die Vorschriften über die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung,[3]) und damit ist schon der heute allerdings wohl kaum mehr vertretenen Ansicht, die Kommanditgesellschaft sei eine juristische Person, der Boden entzogen. Sie ist eine Gesellschaft zur gesamten Hand, und zwar unter stärkerer Betonung des Gesamthandsprinzips, als dies bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Fall ist.[4]) Sie hat eine gemeinsame Firma und kann unter dieser

---

[1]) Pappenheim S. 12 ff.; Tomalla S. 54 ff.

[2]) § 161 Abs. 2 HGB.

[3]) § 105 Abs. 2 HGB.

[4]) Gierke, D. GenR. S. 987 a u. b; Gierke, D. PrivR. Bd. 1 S. 671 u. 684 ff.; Staub § 161 Anm. 2; Makower § 161 I a u. b; Behrend S. 623; Lehmann-Ring § 161 Nr. 2; Goldmann § 161 Nr. 2; Cosack S. 575 u. 531; Prot. z. a. HGB. S. 4538 unten; Denkschr. z. HGB. S. 3194.

durch ihre Vertreter Rechte und Pflichten erwerben.[1]) Das Gesellschaftsvermögen ist Gesamthandsgut.[2])

3 b) Gesellschafter sind sowohl die Komplementäre wie die Kommanditisten. Beide Arten sind durch die gemeinsame Verweisung auf die Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft grundsätzlich gleichgestellt. Diese Gleichstellung besteht, soweit sie nicht durch die Vorschriften über die Kommanditgesellschaft aufgehoben ist. Vorschriften dieser Art sind: die Vorschrift über die beschränkte Haftung, über den Ausschluß von der Vertretung und Geschäftsführung u. a. m. Durch keine derselben aber wird dem Kommanditisten die Stellung als Gesamthandsbeteiligter entzogen;[3]) er bleibt bezüglich des Eigentums, der erworbenen Rechte und Pflichten dem Komplementär gleichberechtigter Gesellschafter zur gesamten Hand, er wird als Gesellschafter mitberechtigt und mitverpflichtet. Die beschränkte Haftung ändert daran nichts, denn der Kommanditist schuldet ebenso wie der Komplementär, nur daß er mit einem beschränkten Teil seines Vermögens, mit seiner Einlage für seine Verbindlichkeit einsteht. Ist diese seine Einlage vollständig verbraucht, was bei der Überschuldung der Gesellschaft der Fall sein würde, so schuldet er zwar weiter, aber da er nur beschränkt haftet und das haftende Objekt weggefallen ist, so ist keine

[1]) § 124 HGB.

[2]) § 718 BGB.

[3]) Staub § 161 Anm. 2; Makower § 161 II a; Lehmann-Ring § 161 Nr. 2; Goldmann § 161 Nr. 22.

Möglichkeit gegeben, ihn zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu zwingen. Gültig zahlen kann er selbstverständlich noch, denn seine Schuld ist nicht erloschen. Auch sein Ausschluß von der Vertretung und Geschäftsführung ist für seine Mitberechtigung und Mitverpflichtung bedeutungslos, denn sie heißt nichts anderes, als daß ihm die Verfügung über seine Rechte entzogen ist. Auch das Reichsgericht hat die Mitberechtigung und Mitverpflichtung des Kommanditisten in nicht mißzuverstehender Weise ausgesprochen und ihm demzufolge die Fähigkeit, als Zeuge in Prozessen der Gesellschaft aufzutreten, abgesprochen.[1]) Der Kommanditist wird also mitberechtigt und mitverpflichtet, d. h. er ist im Verein mit den anderen Gesellschaftern Subjekt der im Betriebe des Handelsgewerbes der Kommanditgesellschaft entstehenden Rechte und Pflichten.

2 c) Denkbar wäre es, daß dem Kommanditisten die Kaufmannseigenschaft durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung entzogen würde.[2]) Nach dieser Seite hin wäre zu verwenden einmal die Bestimmung über die Firma der Kommanditgesellschaft, nach welcher der Name des

---

[1]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 32 S. 398.

[2]) vgl. Pappenheim S. 14—16; Tomalla S. 60; Kobylinski S. 17, 18. Die Vorschrift über die Firma haben gegen die Kaufmannseigenschaft verwendet: Goldschmidt, Handb. Bd. 1 S. 470; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 26 c; Goldmann Bd. 1 S. 4; Seligmann S. 40; Kielhorn S. 41, 42; Pisko in Zeitschr. f. HR. Bd. 63 S. 573.

Kommanditisten nicht in die Firma aufgenommen werden darf.[1]) Unser Firmenrecht geht von dem Grundsatz aus, daß nichts Unwahres in der Firma stehen darf. Einzelne besondere Tatumstände müssen, wenn sie vorliegen, aufgenommen werden, z. B. die Bezeichnung: Aktiengesellschaft. Aber nicht alle Tatsachen, die in die Firma aufgenommen werden können, müssen aufgenommen werden. Und warum soll nicht, wie das Gesetz die Aufnahme mancher Tatsachen in die Firma ausdrücklich vorschreibt, um sie dem Publikum recht eindrücklich vor Augen zu führen, es andererseits die Aufnahme bestimmter Tatsachen ausdrücklich verbieten, um das Publikum vor etwaigen Mißverständnissen zu bewahren. Dieser und kein anderer ist der Zweck der erwähnten Vorschrift.[2]) Damit nicht durch die Aufnahme des Namens einer als sehr kreditwürdig bekannten Person in die Firma, einer Person, die an dem betreffenden Unternehmen nur als Kommanditist beteiligt ist, das Publikum über die Solidität des Unternehmens getäuscht werde, ist das Verbot der Aufnahme eines Kommanditistennamens in die Firma erfolgt. An der rechtlichen Stellung des Kommanditisten, an seiner Mitberechtigung und Mitverpflichtung, an seiner Kaufmannseigenschaft wird dadurch nichts geändert.

Noch aus § 236 Abs. 1 HGB. wäre es möglich zu folgern, daß der Kommanditist ein Handelsgewerbe nicht

---

[1]) § 19 Abs. 4 HGB.

[2]) vgl. Ehrenberg, Beschränkte Haftung usw. S. 334, 335.

betreibe. Pappenheim hat zuerst auf die Möglichkeit hingewiesen, aus diesem Paragraphen einen derartigen Schluß zu ziehen, aber nur um die Unrichtigkeit einer derartigen Folgerung nachzuweisen.[1]) Der § 236 Abs. 1 HGB. enthält für die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft folgende drei Verbote: Die Vorstandsmitglieder dürfen kein Handelsgewerbe betreiben, nicht in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen, auch nicht an einer anderen Handelsgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter teilnehmen. Aus dem dritten Verbot folgert Pappenheim zunächst, daß einem Vorstandsmitglied die Beteiligung an einer Gesellschaft als Kommanditist gestattet sei. Aus dieser Folgerung schließt er in Verbindung mit dem ersten Verbot, welches den Vorstandsmitgliedern verbietet, ein Handelsgewerbe zu betreiben, daß der Kommanditist ein solches nicht betreibe und somit nicht Kaufmann sei. Er verwirft jedoch sogleich diese seine Deduktion als falsch, da man mit derselben Berechtigung aus dem ersten und dritten Verbot schließen könne, daß der Komplementär kein Handelsgewerbe betreibe; denn wäre dieses der Fall, so wäre das dritte Verbot überflüssig. Diese Schlußfolgerung aus dem Paragraphen zu ziehen, halte ich sogar für näher liegend als die von Pappenheim zuerst gezogene. Das Ergebnis aber, der Komplementär sei kein Kaufmann, ist absurd. Der Paragraph ist weder für noch gegen die

---

[1]) Pappenheim S. 11 u. 12; vgl. auch Tomalla S. 61.

Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten zu verwerten. Unter dem ersten Verbot ist ausschließlich der Handelsgewerbebetrieb als Einzelkaufmann zu verstehen. Auch dieser Paragraph ändert also nichts an dem Ergebnis: Der Kommanditist ist Kaufmann.

§ 3.

Beschaffenheit der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten.

b) 2 a) Die herrschende Meinung geht heute dahin, den Kaufmannsbegriff nur auf den Betrieb des Handelsgewerbes auszudehnen.[1]) Ist dieses der Fall, so ist der Kommanditist, da er ja als Gesellschafter nach außen keine Rechtsgeschäfte abschließen kann, auch nicht fähig, Börsentermingeschäfte abzuschließen.[2]) Ich kann mich jedoch dieser Meinung nicht anschließen. Wollte man diese Ansicht nur für den Bereich des Handelsgesetzbuches aufstellen, so ließe sie sich vielleicht noch halten. Nachdem der Begriff des Kaufmannes von so vielen Nebengesetzen aufgenommen ist und in diesen durchaus nicht nur auf den Gewerbebetrieb beschränkt ist, ist diese Meinung, dem

[1]) vgl. die ausführliche Literaturangabe bei Pappenheim S. 21; hinzuzufügen ist diesen Tomalla S. 62 ff.; Kobylinski S. 36 ff.; vgl. auch Pappenheim S. 18 ff.; v. Canstein in Zeitschr. f. HR. Bd. 20 S. 84—97, bes. S. 91.

[2]) Jacusiel in Leipz. Zeitschr. Bd. 2 Sp. 573; Apt § 53 BörsG. Anm. 1.

Kaufmann stehe nur innerhalb seines Gewerbebetriebes die Kaufmannseigenschaft zu, unhaltbar geworden. Wie Makower richtig ausführt,[1] „beruht diese Unterscheidung auf einem Hineintragen eines Unterscheidungsmerkmales der einzelnen Handlungen in den Begriff des Kaufmanns. Man kann die einzelnen Handlungen zwar in verschiedene Gebiete trennen und jedes Gebiet besonderen Regeln unterwerfen; aber die Person, die durch die eine Art von Handlungen einen besonderen Charakter erhält, läßt sich nicht teilen". Makower hält dieses für den logisch richtigen Standpunkt, will ihn aber zugunsten des gewöhnlichen Sprachgebrauches aufgeben, bei dem er eine andere Tendenz erblicken will. Er führt als Beispiel an, daß man einen Kaufmann, der zugleich Reserveoffizier ist, nicht in nichtmilitärischen Angelegenheiten als Reserveoffizier bezeichnen wird. Dieses Beispiel ist insofern nicht ganz zutreffend, als Reserveoffizier doch heißt, er ist aushilfsweise Offizier, also der Offizierscharakter mehr in den Hintergrund tritt. Aber auch hier lassen sich Fälle denken, wo man von ihm als Offizier sprechen wird. So wird man z. B. bei einer Lieferung an eine Militärbehörde, bei der er nicht weiß, wo er sie abzuliefern hat, sagen, das müßte er als Reserveoffizier wissen; oder man wird z. B., wenn er beleidigt worden ist, sagen, hier hat er sich benommen, wie es sich für einen Reserveoffizier ziemt. Der zweite Fall, den Makower erwähnt, der Landwirt,

---

[1]) Makower S. 3 u. 4.

der ein kaufmännisches Nebengewerbe betreibt, scheint mir ebenso unglücklich gewählt wie der erste, da er auch hier zwei Berufe miteinander verquickt, während es sich doch für uns nur darum handelt, ob der Kaufmann außerhalb seines Gewerbebetriebes, nicht unbedingt gleich mit Rücksicht auf einen zweiten Beruf, den er etwa betreibt, als Kaufmann anzusehen ist. Richtiger scheint mir der Vergleich mit folgendem Fall zu sein, daß ein Beamter nach § 570 BGB. zur vorzeitigen Kündigung befugt sein soll. Hier wird die Beamtenqualität auch außerhalb des Berufes zur Anwendung gebracht, denn direkt hat das Mietverhältnis nichts zu tun mit dem Beamtenberufe. Ein gewisser innerer Zusammenhang wird selbstverständlich in allen diesen Fällen, in denen eine Personenqualität außerhalb des Tätigkeitskreises, dem sie entspringt, angewendet wird, mit diesem bestehen. So auch bei dem Kaufmann. Bei ihm werden die speziell für den Handel geltenden Gesetze gewöhnlich auch nur seine, wenn man so sagen darf, amtliche Tätigkeit regeln wollen. Wie aber beim Beamten die einzelnen Bestimmungen häufig auch für Handlungen außerhalb seines engeren Berufes gelten werden, so z. B. die Vorschriften über die Wahrung des decorum, so auch beim Kaufmann. Die bei weitem meisten Bestimmungen, zumal des Handelsgesetzbuches, die auf Kaufleute Bezug nehmen, enthalten demnach auch die Beschränkung, daß sie nur innerhalb des Gewerbebetriebes gelten wollen. Nur in den Fällen daher, in denen ein Gesetz den Kaufmannsbegriff ohne diese Ein-

schränkung anwendet, wird man davon sprechen können daß der Kaufmann auch außerhalb seines Gewerbebetriebes, als solcher auftritt.[1]) Daß diese Fälle einerseits selten sind, andererseits fast alle außerhalb des Handelsgesetzbuches liegen, mag wesentlich zu dem Irrtum beigetragen haben. Aber daß ein Kaufmann innerhalb seines Gewerbebetriebes Beisitzer bei den Kaufmannsgerichten oder bei den Kammern für Handelssachen sein soll, ist undenkbar. Auch bei dem neuen Börsengesetz werden wir sehen, daß der Kaufmannsbegriff und damit die Börsentermingeschäftsfähigkeit keineswegs nur auf den Gewerbebetrieb beschränkt ist. Aus demselben Grunde, aus dem bei dem Einzelkaufmann diese Beschränkung der Kaufmannsqualität auf den Betrieb unrichtig ist, ist dies auch bei dem Gesellschafter, dem Kommanditisten der Fall.[2]) Die Einschränkung des Kaufmannsbegriffes auf den Handelsgewerbebetrieb und auf die Gesellschaftereigenschaft ist somit unzulässig, und es ist der Kommanditist auch außerhalb des Gewerbebetriebes Kaufmann.

2 b) Eine Besonderheit der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten wollen wir der Klarheit halber noch erwähnen. Der Kommanditist ist zwar Kaufmann, aber die Möglichkeit, als Kaufmann aufzutreten, ist ihm fast

---

[1]) vgl. § 39 HGB.; § 8 des Ges. betr. die Abzahlungsgeschäfte v. 16. 5. 1894; § 12 des Ges. betr. die Kaufmannsgerichte v. 6. 7. 1904; § 53 BörsG. § 344 HGB. gehört nicht hierher, da er nur bestimmte Handlungen als zum Betriebe gehörig präsumiert.

[2]) vgl. Seligmann S. 52 ff.

vollständig entzogen. Die Fähigkeit zum Abschluß von Rechtsgeschäften innerhalb des Gewerbebetriebes ist ihm genommen und dem Komplementär übertragen. Es fehlt ihm also im normalen Verlauf des Gewerbebetriebes die Fähigkeit, als Kommanditist und Gesellschafter Handelsgeschäfte nach außen abzuschließen, vollständig. Mit seinen Mitgesellschaftern als Gegenkontrahenten oder soweit etwa die ihm zustehende Leitungsbefugnis den Abschluß solcher Geschäfte mit sich bringt, wird man ihm diese Fähigkeit zusprechen müssen. Er ist somit bezüglich der Geschäftsfähigkeit und der aktiven Prozeßfähigkeit innerhalb des Handelsgewerbes mit dem Minderjährigen zu vergleichen. Und es ist diese beschränkte Fähigkeit, Handelsgeschäfte abzuschließen, wohl der Hauptgrund, weshalb man die Kaufmannseigenschaft der Stellung des Kommanditisten für nicht entsprechend erklärt.[1]) Es ist auch eine eigentümliche Erscheinung, daß ein volljähriger Kaufmann, der gerade innerhalb des Gewerbebetriebes, durch den er zum Kaufmann wird, nach außen nur durch einen Vertreter Handelsgeschäfte schließen kann. Zwei Besonderheiten zeichnen also den Kommanditisten als Kaufmann aus. Erstens er ist Kaufmann und kann als solcher in den seltensten Fällen selbständig Handelsgeschäfte abschließen. Zweitens er ist Kaufmann, gehört somit zu Personen, die durchschnittlich einer schärferen Haftung

---

[1]) vgl. Pappenheim S. 29; Pisko in Zeitschr. f. HR. Bd. 63 S. 574; Tomalla S. 70; Kobylinski S. 47; and. M. Bolze im Recht Bd. 13 S. 575.

unterworfen sind als der Nichtkaufmann, und dann ist seine Haftung in außergewöhnlichem Maße eingeschränkt. Beide Widersprüche sind darauf zurückzuführen, daß das Gesetz den Kommanditisten zum Handelsgesellschafter erklärt und alsdann diese seine Stellung man möchte fast sagen auf die eines bloßen Kapitalbeteiligten zurückgedrängt hat, ohne an seiner Gesellschafterstellung etwas zu ändern. De lege ferenda wäre ihm entweder seine Gesellschaftereigenschaft zu entziehen oder seine Rechte und Pflichten sind zu vergrößern.

§ 4.

Praktische Folgen der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten.

c) Die eigentümliche Beschaffenheit seiner Kaufmannseigenschaft ist der Grund, weshalb in vielen praktischen Fällen die Annahme der Kaufmannseigenschaft zu unlösbaren Schwierigkeiten zu führen scheint. Mit dem Schlüssel, der Kommanditist ist Kaufmann, und zwar nicht nur innerhalb des Handelsgewerbebetriebes, er kann aber keine Handelsgeschäfte abschließen, zum mindestens nicht nach außen, und ist von der Geschäftsführung dispositiv ausgeschlossen, werden wir die Schwierigkeiten zum größten Teil zu lösen vermögen und damit gleichzeitig die betreffenden Verfasser, die die Fälle gegen die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten ins Feld führen, zu widerlegen versuchen.

2 a) Wenn wir im folgenden die einzelnen Paragraphen auf den Kommanditisten und seine Handlungen für anwendbar erklären oder nicht, so soll damit keine strikte und absolut richtige Entscheidung gegeben sein, da, wollten wir eine solche geben, wir vielfach auf sämtliche bei den einzelnen Paragraphen bestehenden Streitfragen eingehen müßten. Nur solche Punkte werden wir näher erörtern, die unsere Untersuchung über die Kaufmannseigenschaft zu fördern geeignet sind.

Aus dem Umstand, daß der Kommanditist als solcher persönlich gar keine Handelsgeschäfte schließen kann, er ist ja von der rechtsgeschäftlichen Tätigkeit im Betriebe der Kommanditgesellschaft ganz ausgeschlossen, ergibt sich ohne weiteres, daß die sämtlichen Normen, die Handelsgeschäfte oder eine persönliche Tätigkeit in dem Handelsgewerbebetriebe voraussetzen, auf ihn und seine eigenen Handlungen keine Anwendung finden können.[1] Sie können für ihn höchstens für die von dem Komplementär als seinem Vertreter geschlossenen Geschäfte wirksam werden. Es sind dies die §§ 343—345, 347—350, 352—354, 358 u. 369 HGB. In dem letzten Paragraphen z. B. ist dem Kaufmann wegen Forderungen aus Handelsgeschäften ein Zurückhaltungsrecht eingeräumt an beweglichen Sachen und Wertpapieren, die auf Grund

---

[1]) vgl. Seligmann S. 54 ff.; Kielhorn S. 51 ff.; Pappenheim S. 22 u. 23; Tomalla S. 69; Kobylinski S. 38 ff.

von Handelsgeschäften in seinen Besitz gekommen sind.[1] Daraus nun, daß der Kommanditist als solcher gar keine Handelsgeschäfte schließen kann, ergibt sich klar, daß für ihn persönlich sich ein derartiges Zurückhaltungsrecht nie ergeben wird, zum mindesten nicht aus seinen eigenen Handlungen. Auch die Anwendung des § 344 Abs. 1 u. 2 HGB. auf den Kommanditisten ist ausgeschlossen, denn zur Präsumtion, daß ein Schuldschein im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet ist, ist m. E. notwendig, daß die betreffende Person im Betriebe ihres Handelsgewerbes Schuldscheine überhaupt zeichnen kann, eine Fähigkeit, die dem Kommanditisten abgeht.[2] Auch die §§ 355, 362, 366 u. 367 HGB. dürften für den Kommanditisten nicht in Betracht kommen, da sie, wie der Ausdruck „in Geschäftsverbindung stehen" und der Ausdruck „Besorgung von Geschäften" zeigen, ebenfalls ein aktives Tätigsein im Gewerbebetriebe voraussetzen.[3] § 363 dagegen würde ich, da hier die Einschränkung fehlt, auch auf die von einem Kommanditisten ausgestellten Orderpapiere be-

---

[1]) Durch diese besondere Erwägung widerlegt sich die von Kobylinski S. 40 aufgestellte Meinung. In ähnlicher Weise ist bei den anderen Paragraphen zu verfahren, und es widerlegt sich dadurch hauptsächlich die von Seligmann S. 54f., Kielhorn S. 51f. gegen die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten vorgebrachte Einwendung.

[2]) vgl. Kielhorn S. 52, 53; Pappenheim S. 23; Kobylinski S. 38.

[3]) vgl. Pappenheim S. 25; Tomalla S. 69; Kobylinski S. 39.

ziehen,[1]) obwohl dafür kein Bedürfnis gegeben ist; aber wichtige Gründe, die gegen die Anwendung dieses Paragraphen auf den Kommanditisten sprechen, liegen auch nicht vor. Ob etwa einzelne der obengenannten Paragraphen auf sein Verhältnis gegenüber den anderen Gesellschaftern anzuwenden sind, also z. B. ob eine Vertragsstrafe, die er im Gesellschaftsvertrag versprochen hat, ermäßigt werden kann, ob er für die seine Vermögenseinlage übersteigenden Forderungen an die Gesellschaft Zinsen zu 5 % verlangen kann, sei dahingestellt. Ich möchte mich dafür aussprechen, da ja seine kaufmännische rechtsgeschäftliche Tätigkeit gegenüber den Gesellschaftern nicht den Beschränkungen unterliegt wie dem Publikum gegenüber. Die Frage aber, ob die betreffenden Handlungen trotzdem als Handelsgeschäfte zu betrachten sind, möchte ich hier nicht unbedingt entscheiden, denn wie weit gerade die innerhalb der Gesellschaft vorgenommenen Geschäfte als Handelsgeschäfte anzusehen sind, ist sehr bestritten und von derselben Bedeutung für die offene Handelsgesellschaft und die Aktiengesellschaft wie für die Kommanditgesellschaft. Es handelt sich bei diesem Streite um die Ausdehnung des Begriffes der Handelsgeschäfte, um eine Frage, die für unsere Untersuchung ohne Bedeutung ist.

2 b) Die Anwendung der §§ 38, 39 u. 40 HGB. und der hiermit eng verknüpften §§ 239, 240 KO. hat in dem

---

[1]) vgl. Seligmann S. 59; Kobylinski S. 40.

Streit um die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten von jeher eine große Rolle gespielt. Wir wollen sehen, ob und wie weit diese Paragraphen auf ihn anzuwenden sind.[1]) Die Pflicht zur Führung der Handelsbücher fällt m. E. für den Kommanditisten fort, denn da ihm die Geschäftsführung entzogen ist, die Buchführung aber ein Teil der Geschäftsführung und sie außerdem nur für den Umfang des Gewerbebetriebes obligatorisch ist, so ist ihm zugleich mit der Geschäftsführung die Buchführungspflicht abgenommen. Mit vertraglicher Einräumung der Geschäftsführung dürfte auch die Buchführung für ihn wieder zur Pflicht werden. Die Unterzeichnungsvorschrift des § 41 scheint auch in diesem Sinne zu sprechen. Ähnlich wie bei der Buchführungspflicht dürfte bezüglich der Pflicht zur Bilanzerrichtung über das Gesellschaftsvermögen zu entscheiden sein. Die Verfasser,[2]) die hier im Falle der Vernachlässigung dieser Pflicht für den Kommanditisten eine kriminelle Strafe nach §§ 239, 240 KO. annehmen, übersehen einerseits, daß dem Kommanditisten eine Pflicht, wie sie in den beiden Paragraphen vorausgesetzt ist, wenn ihm die Geschäftsführung entzogen ist, nicht auferlegt sein kann; andererseits kann aber, selbst wenn man eine solche Pflicht grundsätzlich zivilrechtlich zugeben wollte, eine Bestrafung nicht eintreten ohne eine subjektive Schuld, d. h. Vorsatz oder

[1]) vgl. Seligmann S. 42 f.; Kielhorn S. 47 f.; Pappenheim S. 23 f.; Tomalla S. 68; Kobylinski S. 41 f.

[2]) vgl. Seligmann und Kielhorn a. a. O.

Fahrlässigkeit, die bei einem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Kommanditisten in den seltesten Fällen vorliegen dürfte.[1]) In dem § 39 aber ist von einer Pflicht zur Bilanzerrichtung über das ganze Vermögen gesprochen, und eine Beschränkung auf das gesellschaftliche Vermögen ist nach dem Wortlaut des Paragraphen nicht möglich. Man wird jedoch nicht von jedem Kaufmann, z. B. von einem, der nur einen kleinen Teil seines Vermögens in einem Handelsgeschäft angelegt hat, verlangen können, daß er über sein gesamtes Vermögen kaufmännische Bücher führt und speziell die Bilanz errichtet. Und selbst wenn man eine derartige Buchführung und Bilanzerrichtung noch für den Einzelkaufmann verlangen wollte, bei einem Gesellschafter und besonders bei dem Kommanditisten ist dies unmöglich. Auf Grund der Gesellschaftsbilanz wird man den einzelnen Gesellschafter von der Errichtung einer besonderen Bilanz befreien müssen. Unter dem Ausdruck Vermögensgegenstände im § 39 HGB. ist nur das kaufmännische Vermögen zu verstehen. Die gegenteilige Ansicht führt zu eigenartigen Folgen. So würde z. B. ein Grundbesitzer, der als Kommanditist oder offener Handelsgesellschafter an einem Unternehmen beteiligt ist, auch seine Pflüge, Eggen, Viehbestände usw. mit Wertangabe in seine Bilanz aufnehmen müssen.

---

[1]) vgl. Olshausen Bd. 2 S. 1168 Nr. 20—22 und die dort angegebene Literatur; and. A. Oppenhoff S. 662 Anm. 2, der ein reines Formaldelikt annimmt und den besonderen Nachweis der Fahrlässigkeit für nicht erforderlich erachtet. Vgl. auch die dort angegebene Literatur.

Schwestern, die mit einem Bruder, der Kaufmann ist, zusammen ein Geschäft geerbt haben und sich als Kommanditisten an diesem beteiligen, würden jede für sich eine Bilanz errichten müssen. Manchmal würde es vielleicht von Wert sein, wenn der Kommanditist über sein gesamtes Vermögen eine Bilanz errichten müßte, z. B. um etwaige Schiebungen festzustellen, aber der Fall, wo ein solches Interesse vorliegt, wird infolge der beschränkten Haftung des Kommanditisten sehr selten sein.

2 c) Art. 4 EG. z. HGB. findet, da der Kommanditist Kaufmann ist, zweifellos auch auf ihn Anwendung. Will somit ein Kommanditist die Wirkungen seines vertraglichen ehelichen Güterrechts auch auf die sich auf den Handelsgewerbetrieb beziehenden Rechtsverhältnisse ausdehnen, und befindet sich die Handelsniederlassung nicht in dem Bezirk des für den Wohnsitz des Ehemannes zuständigen Registergerichtes, so wird er die Eintragung in das Güterrechtsregister des für den Ort der Handelsniederlassung zuständigen Gerichtes bewirken müssen (Art. 4 EG. z. HGB.).[1] Ein Interesse für eine derartige Eintragung wird wegen der an und für sich schon

---

[1]) vgl. Tomalla S. 67 f. Die Ausführungen Pappenheims (S. 27) über diesen Abschnitt scheinen mir etwas weit hergeholt. Derartige kleine Widersprüche ergeben sich in den Gesetzen häufig, und daß Dritte aus der Veröffentlichung des Güterrechtsregisters schließen werden, einer der Ehegatten sei Kommanditist, ist wohl nicht anzunehmen, ganz abgesehen davon, daß es ja dann immer noch nicht bekannt ist, an welchem Unternehmen die Beteiligung erfolgt.

beschränkten Haftung des Kommanditisten selten gegeben sein. Vielleicht könnte jedoch in dem folgenden Falle ein Interesse dafür vorliegen, um den Kredit eines Unternehmens zu steigern. Der eine Ehegatte beteiligt sich mit einer großen Vermögenseinlage an einem Unternehmen, die Einlage wird jedoch nicht geleistet, sondern nur als Haftsumme fixiert. Die Ehegatten leben an einem anderen Orte, und zwar in Gütergemeinschaft, und der nicht als Kommanditist beteiligte Ehegatte ist an dem Orte des Unternehmens als sehr kreditwürdig bekannt. Hier könnte, wie gesagt, die amtliche Bekanntmachung des Güterrechtes von Interesse sein.

2d) Auf den Kommanditisten als Kaufmann finden ferner § 113 GVG. und § 12 KaufmGG. v. 6. 6. 1904 Anwendung, und er kann daher zum Handelsrichter und zum Beisitzer in den Kaufmannsgerichten ernannt bezw. gewählt werden.[1]) Daß man allerdings, wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, wird sagen können, daß er einen Handlungsgehilfen oder Lehrling beschäftigt, wie dies in § 12 KaufmGG. verlangt wird, möchte ich verneinen. Die Tendenz dieses Paragraphen geht dahin, die Kaufmannsgerichte aus solchen Leuten zusammenzusetzen, die eine gewisse praktische Erfahrung in der Beschäftigung und den Dienstangelegenheiten von kaufmännischen Angestellten haben. Eine derartige Erfahrung

---

[1]) vgl. Seligmann S. 42; Kielhorn S. 44; Pappenheim S. 27f.; Tomalla S. 66/67; Kobylinski S. 43.

wird aber einen von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Kommanditisten meist nicht zustehen, ebenso wie einem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen offenen Handelsgesellschafter. Insbesondere aber deutet der Ausdruck „beschäftigen" auf ein Verhältnis des persönlichen Zusammenarbeitens und nicht bloß auf ein rechtliches Verhältnis des Angestelltseins hin. Dem an der Geschäftsleitung beteiligten Kommanditisten dagegen steht das passive Wahlrecht zu.

Das aktive Wahlrecht zu den Kaufmannsgerichten wird man ihm ebenfalls zusprechen müssen. Nun erhebt sich die Frage, ob der Kommanditist als solcher auch zum Handelsrichter oder Richter in Kaufmannsgerichten befähigt ist. Seligmann, Kielhorn und auch Kobylinski verneinen dies vollständig. Mit Pappenheim möchte ich zugeben, daß diese Fähigkeit zwar häufig nicht vorhanden sein wird, aber von einer allgemeinen Unfähigkeit zu diesen Richterämtern ist darum nicht zu sprechen. Häufig wird es der Fall sein, daß der, der sich als Kommanditist an einer Gesellschaft beteiligt, nicht so vollständig Neuling in den kaufmännischen Angelegenheiten sein wird, wie Seligmann und Kielhorn dies darzustellen versuchen. Nicht selten wird er neben seiner Kommanditistenstellung noch ein Handelsgewerbe als Einzelkaufmann oder persönlich haftender Gesellschafter betreiben. Dieser Fall scheidet für unsere Betrachtung selbstverständlich aus. Häufig aber wird auch ein früherer offener Handelsgesellschafter oder Einzelkaufmann sich,

nachdem er sich zur Ruhe gesetzt und von der persönlichen Leitung zurückgezogen hat, als Kommanditist an dem Unternehmen weiter beteiligen. Derartige Personen aber sind zu den Richterämtern wie geschaffen. Sie werden meistens die nötige Zeit und damit auch die Lust zur Ausübung eines solchen Amtes haben. Die nötige Kenntnis wird ihnen zur Seite stehen und eine mit dem Alter meist verbundene Sachlichkeit und Objektivität, Eigenschaften, die zum Richteramte qualifizieren. Der Hauptfall, daß ein Kommanditist die zu den beiden Ehrenämtern erforderliche Kenntnis nicht haben wird, wird der sein, daß der Erbe eines offenen Handelsgesellschafters sich die Stellung eines Kommanditisten einräumen läßt. Aber auch hier ist zu berücksichtigen daß die Wahlen eine gewisse Garantie dafür bieten, daß nur fähige Personen in die Ämter kommen. Ein Kommanditist letztgenannter Art wird in den Handelskreisen persönlich meist so wenig bekannt sein, daß schon aus dem Grunde die Wahl nicht auf ihn fallen wird; alsdann ist die Wahl immer eine Art Vertrauenskundgebung und wird sich daher auf die Personen richten, die man der betreffenden Stellung für fähig erachtet. Die Gefahr also, daß ein unfähiges Element zu dem Amte berufen wird, ist nicht groß und wird auch außerhalb des Kommanditisten gegeben sein, z. B. bei einem von der Geschäftsführung und der Vertretung ausgeschlossenen offenen Handelsgesellschafter, der vielleicht sogar ein Erbe eines früheren offenen Handelsgesellschafters ist, aber auf die

Einräumung der Kommanditistenstellung verzichtet hat, alsdann bei einem Ehemann, der zwar Kaufmann ist, bei dem aber das Handelsgewerbe in der Tat ausschließlich seine Frau führt.

Auch § 11 Abs. 1 Satz 3 KaufmGG. findet auf den Kommanditisten Anwendung, und es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß die Ausdehnung dieser Vorschrift auf den Kommanditisten durchaus im Sinne des Gesetzes liegt, ja sogar so weit, daß man aus dieser Bestimmung einen Schluß zugunsten der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten ziehen konnte.[1])

2 e) Ebenso gilt § 8 des Ges. betr. die Abzahlungsgeschäfte v. 16. 5. 1894 für den Kommanditisten.[2]) Das Gesetz hat die Tendenz, das Publikum gegen Ausbeutung zu schützen. Die Kaufleute sind, wie die Motive zeigen, wegen ihrer Geschäftskenntnis [3]) und wohl auch, um den Handel nicht unnötig zu belästigen und einzuschränken, von seinen Bestimmungen ausgenommen. Die hier vorausgesetzte Geschäftskenntnis wird bei dem Kommanditisten ungefähr ebenso oft gegeben sein wie die zur sachgemäßen Verwaltung des Amtes des Handelsrichters erforderliche, also zwar meist, aber nicht immer. Für die geschäftsunkundigen Kommanditisten bleibt somit

---

[1]) vgl. **Pappenheim** S. 29.

[2]) vgl. **Pappenheim** S. 21 u. 28; **Tomalla** S. 63 u. 69; **Kobylinski** S. 44.

[3]) vgl. Mot. zu § 8 in Verhandl. des Deutschen Reichstages 9. L.-P. II. Session 1893/94 Anlagebd. 1 Aktenst. Nr. 113 S. 725.

die Gefahr der Ausbeutung bestehen. Wer aber die in manchen Beziehungen bevorzugte Stellung eines wahren Gesellschafters einnehmen will, wird neben manch anderem Risiko, z. B. der Möglichkeit der unbeschränkten Haftung, falls er sich nicht rechtzeitig in das Handelsregister eintragen läßt, auch dieses auf sich nehmen müssen. Dieses Ergebnis ist nicht befriedigend, hängt aber mit der zweischneidigen Stellung zusammen, die dem Kommanditisten vom Gesetze angewiesen ist. Auf der einen Seite ist er Gesellschafter, Handelsgesellschafter und somit, wie oben bewiesen, Kaufmann, gehört also zu einer Personenklasse, die im heutigen Recht durchschnittlich einer schärferen und empfindlicheren Haftung unterworfen ist; auf der anderen Seite ist seine Haftung beschränkt auf eine bestimmte Höhe und dadurch in außergewöhnlichem Maße gemildert.

Auf die Vorschrift des § 1367 BGB.,[1]) des § 16 RBG. und des § 43 RMilG.[2]) gehen wir hier nicht näher ein, da es sehr bestritten ist, wie der Ausdruck „betreiben" in den beiden Gesetzen zu fassen ist, ob und wie weit er sich mit dem gleichen Ausdruck des § 1 HGB. deckt, ob nicht vielmehr in den beiden Gesetzen eine persönliche Tätigkeit mit dem Ausdruck gemeint ist.

Kielhorn will die Anwendbarkeit der §§ 2 u. 3 des Ges. v. 22. 6. 1899 betr. Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe

---

[1]) vgl. Ullmann, Das gesetzliche eheliche Güterrecht in Deutschland S. 17; Ullmann in Leipz. Zeitschr. Bd. 1 Sp. 472 ff. u. 561 ff.; Pappenheim S. 19; Tomalla S. 62.

[2]) vgl. Kielhorn S. 32; Tomalla S. 62.

ebenfalls von der Frage nach der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten abhängig machen.[1] Für diese Paragraphen ist die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten jedoch ohne jede Bedeutung. In den Paragraphen ist nur von Miteigentum die Rede, und ein solches steht dem Kommanditisten am Gesellschaftsvermögen zweifelsohne zu. Ist also eine Kommanditgesellschaft Eigentümerin eines Schiffes, und verliert ein Kommanditist die Reichsangehörigkeit, oder geht sein Gesellschaftsanteil auf einen Ausländer über, so ist der § 3 anzuwenden und die Schiffe der Gesellschaft verlieren das Recht, die deutsche Reichsflagge zu führen.

2 f) Die bisher erörterten Fälle sind von den früheren Autoren regelmäßig gegen die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten verwendet oder objektiv von dem gegebenen Faktum der Kaufmannseigenschaft aus mit mehr oder weniger Mißbehagen betrachtet worden. Zum Schluß wollen wir noch zwei Fälle betrachten, die deutlich für die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten sprechen.

Ein Kommanditist wird von einem Kaufmann, der eine Forderung aus einem Handelsgeschäft an die Gesellschaft hat, vor der Zivilkammer eines Landgerichtes, bei dem eine Kammer für Handelssachen besteht, verklagt.[2] Hier besteht für den Kommanditisten, falls man ihm die Kaufmannseigenschaft abspricht, nicht die Mög-

---

[1] vgl. Kielhorn S. 56/57.

[2] vgl. Seligmann S. 41 f.; Kielhorn S. 44 f.; Pappenheim S. 25 f.; Tomalla S. 65 f.; Kobylinski S. 42 f.

lichkeit, die Verweisung an die Kammer für Handelssachen durchzusetzen, da alsdann die Voraussetzung des § 101 GVG., daß die Klage einen Anspruch gegen einen Kaufmann geltend macht, nicht besteht. Bei einer Klage gegen einen von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossenen Komplementär wäre die Voraussetzung gegeben. Einen sachlichen Unterschied zwischen den beiden Klagen kann ich nicht finden. Daß für den Kommanditisten das gleiche Interesse bestehen kann, daß der Rechtsstreit vor der Kammer für Handelssachen entschieden werde, wird wohl ohne weiteres zugegeben werden. Dieser Fall spricht also deutlich für die Erstreckung dieses Paragraphen auf den Kommanditisten und damit zugleich für die Kaufmannseigenschaft desselben.

In gleicher Weise wie § 101 GVG. dürfte auch § 6 Abs. 1 mit § 1 KaufmGG. auf den Kommanditisten anzuwenden sein.[1])

Der jetzt folgende Fall ist etwas komplizierter, führt aber zu geradezu absurdem Ergebnis, wollte man dem Kommanditisten die Kaufmannseigenschaft absprechen. Eine Kommanditgesellschaft gründet sich zwecks Abschlusses von nicht verbotenen Börsentermingeschäften. Nach § 60 BörsG. finden auf eine derartige Vereinigung die Vorschriften der §§ 52—59 Anwendung, d. h. die einzelnen Mitglieder müssen, soll die Vereinigung, d. h. die Gesellschaft, verbindlich sein, Börsentermingeschäftsfähigkeit haben. Bei

[1]) vgl. Pappenheim S. 28.

der Kommanditgesellschaft besitzen dieselbe die Komplementäre und nach der richtigen Ansicht auch die Kommanditisten. Spricht man aber die Kaufmannseigenschaft dem Kommanditisten als solchem ab, und hat er nicht zufällig aus irgendeinem anderen Grunde die Börsentermingeschäftsfähigkeit, so ist zunächst einmal nach § 60 mit § 52 eine wirksame Vereinigung, d. h. eine Kommanditgesellschaft, überhaupt nicht zustande gekommen. Mit der Gesellschaft fällt aber auch die Kaufmannseigenschaft der Komplementäre. Mit der Kaufmannseigenschaft dieser fällt die Verbindlichkeit sämtlicher von ihnen abgeschlossenen Börsentermingeschäfte, und so folgert auch der Kommentar von Rehm und Trumpler.[1]) So kann sich folgender Fall ereignen. Zwecks Abschlusses von Börsentermingeschäften tuen sich mehrere Bergwerksbesitzer zusammen und gründen eine offene Handelsgesellschaft, um ihre Mineralien, Eisenerze und Kalisalze im gemeinschaftlichen Terminhandel besser abzusetzen, und werden dadurch Kaufleute. Ein Nichtkaufmann tritt diesem Unternehmen mit einer kleinen Summe als Kommanditist bei, angenommen aus rein idealem Interesse. Diese Kommanditgesellschaft ist, da auch sie als Vereinigung zwecks Abschlusses von Börsentermingeschäften die Bestimmungen der §§ 52—59 erfüllen muß, nimmt man die Nichtkaufmannseigenschaft des Kommanditisten an, nicht wirksam, d. h. nichtig nach § 60 mit §§ 52 u. 53, da der

---

[1]) Rehm und Trumpler § 60 Anm. 19.

eine Kontrahent nicht börsentermingeschäftsfähig ist. Sämtliche noch nicht erfüllten Börsentermingeschäfte, die diese Vereinigung eingegangen ist, wären alsdann für beide Teile nicht verbindlich, da mit der Nichtigkeit der Gesellschaft auch die Komplementäre die Kaufmannseigenschaft verlieren. So würde die Aufnahme eines nichtkaufmännischen Kommanditisten in eine offene Handelsgesellschaft, die zwecks Abschlusses von Börsentermingeschäften zusammengetreten ist, gleichsam der Tod der Gesellschaft sein. Daß dieses nicht der Sinn des Gesetzes sein kann, liegt auf der Hand. Der Kommanditist ist also Kaufmann. Die andere Meinung ist falsch.

§ 5.

Anwendung der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten auf die Vorschriften des Börsengesetzes.

B. I.) 1.) Damit, daß wir bei unserer Untersuchung zu dem Ergebnis gekommen sind, der Kommanditist ist Kaufmann, wäre die Frage des Themas entschieden. Bevor wir jedoch die Antwort direkt aussprechen, wollen wir noch kurz die Fragen untersuchen, einmal ob die Börsentermingeschäftsfähigkeit des Kaufmanns auf sein Handelsgewerbe beschränkt ist, zum zweiten, ob die Börsentermingeschäftsfähigkeit des Kommanditisten seiner wirtschaftlichen Stellung entspricht. Eine Einschränkung der Börsentermingeschäftsfähigkeit auf den Betrieb des Handels-

gewerbes haben wir im großen und ganzen schon damit, daß wir die Beschränkung des Kaufmannsbegriffes auf den Betrieb des Handelsgewerbes verneinten, abgelehnt, zumal da der Begriff des Kaufmanns ohne diese ausdrückliche Beschränkung auf den Gewerbebetrieb in dem Börsengesetz verwendet ist. Eine derartige Einschränkung widerspricht auch durchaus der legislatorischen Tendenz des Gesetzes und würde zu argen Unzuträglichkeiten führen. Aus der Zusammenstellung der börsentermingeschäftsfähigen Personen im § 53, aus der für andere Personen engbegrenzten Möglichkeit, Börsentermingeschäfte abzuschließen, und aus der Denkschrift zu dem Entwurf des Börsengesetzes ergibt sich,[1]) daß das „Gesetz denjenigen Personenkategorien den Börsenterminhandel freigeben wollte, die einen besonderen Schutz gegen die aus dem Börsenterminhandel erwachsenden Gefahren nicht beanspruchen können". Hiermit ist indirekt ausgesprochen, daß die betreffenden Personen als solche, d. h. wegen ihrer persönlichen Eigenschaften die Börsentermingeschäftsfähigkeit haben sollen. Sie ist also an die Person und nicht an den Komplex von Handlungen geknüpft. Die Beschränkung der Börsentermingeschäftsfähigkeit würde auch zu eigenartigen Konsequenzen führen. Ein Kaufmann z. B., der sonst uneingeschränkt im Betriebe seines Handelsgewerbes Börsentermingeschäfte schließt, müßte, wenn er als Familienvater pro ultimo für seine Kinder preußische

---

[1]) Prot. S. 2603 Sp. 1 unten.

Konsols kauft, Sicherheit leisten nach § 54 BörsG. Eine große Unsicherheit des Verkehrs wäre die Folge, da man einem Geschäft nicht ansehen kann, ob es im Betriebe des Handelsgewerbes geschlossen ist, und die Präsumtion des § 344 HGB. würde auch nicht über alle Schwierigkeiten hinweghelfen. Der Kaufmann ist demnach in jeder Richtung, nicht nur im Betriebe seines Handelsgewerbes börsentermingeschäftsfähig.

2. Es fragt sich nun weiter, entspricht auch die Börsentermingeschäftsfähigkeit des Kommanditisten dem Willen des Gesetzgebers und seiner eigenen wirtschaftlichen Stellung. Wie die Protokolle bemerken, hat der Vollkaufmann für die von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten schlechthin einzustehen.[1]) Die anderen Personenkategorien, die ehemaligen Bankiers und Ausländer, sind von dem Schutz ausgenommen, „weil ihre Erfahrung oder ihre sonstigen Verhältnisse einen besonderen staatlichen Schutz nicht angezeigt erscheinen lassen". Die Tendenzen des Gesetzes, die für den Kommanditisten von Bedeutung sind, sind demnach erstens: „Der Vollkaufmann hat für seine Verbindlichkeiten voll einzustehen", zweitens: „erfahrene Personen bedürfen keines besonderen Schutzes". Von beiden Tendenzen wird man von gegnerischer Seite behaupten, sie treffen auf den Kommanditisten nicht zu. Die erste Tendenz steht auch zweifelsohne mit seiner beschränkten Haftung im Widerspruch. Wir treffen hier nochmals auf

[1]) Prot. S. 2603 Sp. 2.

den Gegensatz, der vom Gesetz in den Kommanditistenbegriff hineingelegt ist: seine Gesellschaftereigenschaft und seine beschränkte Haftung. Jedoch ist vom Gesetz seine Handelsgesellschaftereigenschaft als Grundsatz aufgestellt, und die Befreiung von der für die Handelsgesellschafter sonst geltenden Regel, der unbeschränkten Haftung, ist als ein Privileg aufzufassen, das ihm unter bestimmten Formerfordernissen allerdings für das Gros seiner Verbindlichkeiten zugestanden ist. Jedoch läßt dieses ähnlich wie bei dem Reeder die Regel als solche bestehen. Wer sich eben als Handelsgesellschafter an einem Unternehmen beteiligt, muß grundsätzlich, d. h. soweit nicht besondere Ausnahmen bestehen, als Kaufmann voll haften; dieses gilt auch für den Kommanditisten. Die in den Motiven vorausgesetzte Erfahrung wird man dem Kommanditisten in vielen Fällen auch zuzusprechen haben. Die Geschäftskenntnis, jedenfalls die, die für einen Kommanditisten erforderlich ist, um die ihm auferlegten Pflichten zu erfüllen und die für ihn aus seiner Gesellschafterstellung entstehenden Gefahren erkennen zu können, wird meist auch hinreichen, ihn zum mindesten die Gefährlichkeit von etwaigen Börsenspekulationen erkennen zu lassen. Daß diese Kenntnis beim Kommanditisten nicht selten, immerhin erheblich öfter als bei einem Einzelkaufmann oder persönlich haftenden Gesellschafter fehlen wird, mag zugegeben werden, aber auch bei diesen besteht die Gefahr, daß Unkundige sich an Börsenspekulationen beteiligen. Vollkommen kann das Gesetz derartig komplizierte Materien nicht regeln.

Ein Interesse, Börsentermingeschäfte abzuschließen, kann für den Kommanditisten auch sehr wohl bestehen, zumal wenn ihm die Geschäftsführung vertraglich zugestanden ist.[1]) Man denke z. B. an den Fall, daß der Kommanditist ein finanzielles Unternehmen der Gesellschaft unterstützen will. Die Kommanditgesellschaft will eine Aktiengesellschaft zwingen, sich ihrem Unternehmen in irgendeiner Hinsicht anzuschließen. Eine Kommanditgesellschaft will eine Schiffahrtsgesellschaft zwingen, ihre Waren zu einem Ausnahmetarif zu befördern, und versucht durch Aktienankauf einen entscheidenden Einfluß, vor allem eine Vertretung ihrer Ansichten in der Gesellschaft und deren Versammlungen zu gewinnen. Oder eine Kommanditgesellschaft versucht, die Preise irgendeiner Ware zu drücken, um demnächst einen größeren Ankauf zu machen. Hier wird der Kommanditist vielleicht die Spekulation der Gesellschaft in geeigneter Weise unterstützen können. Ein Interesse des Kommanditisten, börsentermingeschäftsfähig zu sein, kann demnach sehr wohl vorliegen, braucht es selbstverständlich nicht. Es ist ja auch das Bedürfnis, Börsentermingeschäfte abzuschließen, nicht zum gesetzlichen Kriterium der Börsentermingeschäftsfähigkeit erhoben und wird auch bei anderen Kaufleuten oft genug fehlen.

II. Wie wir hiermit nachgewiesen haben, ist die Börsentermingeschäftsfähigkeit der Kaufleute nicht auf Handelsgewerbebetrieb beschränkt und sie entspricht auch oder besser widerspricht nicht der kaufmännischen Stellung

---

[1]) Bolze im Recht Bd. 13 Sp. 577/78.

des Kommanditisten. Der Kommanditist ist Kaufmann, der Kaufmann ist börsentermingeschäftsfähig. Folglich ist auch der Kommanditist börsentermingeschäftsfähig. Ein besonderer Grund, ihm diese Eigenschaft abzusprechen, besteht nicht. Infolgedessen kann er einmal nach § 52 mit §§ 53 oder 54 BörsG. ein wirksames Börsentermingeschäft abschließen, und stellt ein Börsentermingeschäft in zum Börsenterminhandel zugelassenen Waren oder Wertpapieren und zu offiziellen Bedingungen ein Differenzgeschäft dar, so ist für ihn der Einwand aus § 764 mit § 762 BGB. nach § 58 BörsG. ausgeschlossen.[1]) D. h. ist

[1]) Ist eine der kontrahierenden Parteien nicht börsentermingeschäftsfähig, so tritt die Verbindlichkeit nur auf seiten des Kaufmanns oder der ihm gleichgestellten Personen ein. Dies ergibt sich aus den Worten des § 54 BörsG.: „Er ist befugt, aus der Sicherheit Befriedigung zu suchen; auch ist das Geschäft für ihn verbindlich". Vgl. Rehm und Trumpler § 54 Anm. 19 u. 20; Jacusiel in Leipz. Zeitschr. Bd. 2 Sp. 576, 577; ungenau Apt § 54 Anm. 3; and. A. Hemptenmacher § 58 Anm. 3. Ist hiernach das Börsentermingeschäft für einen Teil nicht verbindlich, so haftet dem andern Teil die nach § 54 bestellte Sicherheit. Jedoch ist bei einem Börsentermingeschäft in nicht zugelassenen Waren oder Wertpapieren oder zu nicht offiziellen Bedingungen der Differenzeinwand stets zulässig, denn § 58 schließt den Differenzeinwand nur bei offiziellen Börsentermingeschäften, „bei den bezeichneten Ansprüchen", aus. Auch nur bei diesen ist die unbedingte Aufrechnung gestattet (§ 58 BörsG.). Ist der Differenzeinwand nach obigen Ausführungen nicht ausgeschlossen, so kann trotzdem das zwecks Erfüllung Geleistete nicht zurückgefordert werden (§ 762 BGB.). Vgl. auch Rehm und Trumpler § 50 Anm. 16, § 58 Anm. 7; Denkschr. z. BörsG., Reichst.-Prot. Bd. 243 S. 2612 zu § 59; Jacusiel in Leipz. Zeitschr. Sp. 571, 577, 579.

ein Börsentermingeschäft nicht durch ein Gesetz oder den Bundesrat verboten, Momente, die in jedem Falle die Nichtigkeit des Geschäftes zur Folge haben, so ist das Börsentermingeschäft, das auf effektive Leistung gerichtet ist, für den Kommanditisten ohne weitere Erfordernisse, das Differenzgeschäft unter der Voraussetzung, daß es sich um ein offizielles Geschäft handelt, verbindlich. Soweit also ein Börsentermingeschäft für eine Person überhaupt Verbindlichkeit erlangen kann, ist diese für den Kommanditisten gegeben.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 1. März 1889 bin ich, Otto Paul Franz Langer, in Ratibor, Regierungsbezirk Oppeln, geboren. Ich bin der Sohn des verstorbenen Ersten Staatsanwalts Carl Langer und seiner Ehefrau Susanna geb. Neumann. Ich bin preußischer Staatsangehörigkeit und katholischer Konfession. Meine Schulbildung erhielt ich auf der Vorschule der Städtischen Oberrealschule zu Wiesbaden und dem dortigen Kgl. Humanistischen Gymnasium und dem Kgl. Humanistischen Gymnasium zu Gnesen. Auf letzterem bestand ich am 20. März 1907 die Reifeprüfung. Nach bestandener Prüfung widmete ich mich sechs Semester dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften auf den Universitäten Freiburg i. Br., Leipzig, Kiel, München und Breslau. Am 23. Juni 1910 bestand ich vor der Prüfungskommission am Kgl. Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 28. Juni 1910 vor der Hohen Juristischen Fakultät der Kgl. Universität zu Breslau das examen rigorosum. Vom 14. Juli bis 12. September 1910 war ich bei dem Kgl. Amtsgericht in Hoyerswerda als Referendar im Vorbereitungsdienst beschäftigt. Seit dem 1. Oktober diene ich in Hirschberg als Einjährigfreiwilliger bei dem Jägerbataillon v. Neumann (1. Schles.) Nr. 5.